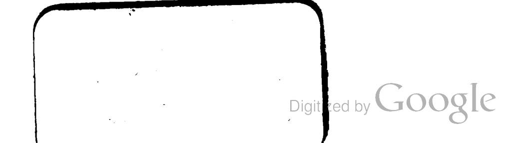

3 2044 103 214 920


SIGILLVM ACADEMIAE HARVARDIANAE IN NOV · ANG ·
CHRISTO ET ECCLESIAE
VE RI TAS



Die unbestellte Ware.

Inaugural-Dissertation

der

Juristischen Fakultät

der

Universität Jena

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

vorgelegt von

Ludwig Fränkel, Referendar
Hamburg.

JENA
Druck von Bernhard Vopelius
1902.

Genehmigt von der juristischen Fakultät auf Antrag des Herrn Prof. Schultze.

JENA, den 10. Dezember 1901.

Danz, z. Z. Dekan.

Meinen lieben Eltern.

Inhaltsübersicht.

C. Die rechtlichen Beziehungen, die sich ergeben, wenn die Ware in den Bereich des Empfängers gelangt ist und ein Vertrag nicht zu stande kommt.

§ 10. I. Die Ware ist in den Gewahrsam des Empfängers ohne sein Wissen gelangt, oder der Adressat hat die Ware in Unkenntnis ihrer Eigenart als unbestellter abgenommen.

§ 11. II. Der Empfänger hat die Ware trotz Erkenntnis ihres Charakters als unbestellter abgenommen.

§ 12. III. Der Empfänger hat die Ware abgenommen, weil eine Pflicht zur Abnahme besteht.

C. Schluss.

Litteratur.

Archiv für praktische Rechtswissenschaft.

Assmann, Die unbestellten Zusendungen, Berlin 1901, cit.: Assmann[1]).

Bolze, Die Praxis des Reichsgerichts in Civilsachen.

Busch's Archiv für Theorie und Praxis des allgemeinen deutschen Handels- und Wechselrechts, cit.: Buschs A.

Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts, 2. Aufl. 1899, cit.: Cosack Lehrbuch.

Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts, 4. Aufl. 1898, cit.: Cosack Handelsrecht.

Ehrlich, Die stillschweigende Willenserklärung, 1893.

Endemann, Handbuch für das deutsche Handels-, See- und Wechselrecht, 1882, cit.: Endemann Handbuch.

Endemann, Das deutsche Handelsrecht, 4. Aufl. 1887.

Endemann, Einführung in das Studium des BGB., 5. Aufl. 1899, cit.: Endemann Einführung.

Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts, cit.: ROHG.

---

[1]) Siehe die Bemerkung auf S. IX.

Gareis, Das Stellen zur Disposition nach modernem deutschem Handelsrecht, 1870, cit.: Gareis St. z. D.

Goldschmidt, Handbuch des Handelsrechts, 1868.

Goldschmidt, Zeitschrift d. gesamten Handelsrechts, cit.: GZ.

Gruchot, Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts mit Einschluss des Handels- und Wechselrechts, cit.: Gruchot B.

v. Hahn, Kommentar zum deutschen Handelsgesetzbuch, 3. Aufl. 1877, cit.: v. Hahn.

Hallwachs, Das Stillschweigen als Willenserklärung im Archiv für praktische Rechtswissenschaft, Bd. X.

Hanausek, Die Haftung des Verkäufers für die Beschaffenheit der Ware nach römischem, gemeinem und Handelsrecht, 1883, cit.: Hanausek Haftung.

Hanausek, Fakturen und Fakturenklauseln nach österreichischem Recht, 1891.

Hauser, Vertragsantrag-annahme-schluss in GZ., Bd. XII.

Klemm, Über die stillschweigend übernommene Verbindlichkeit zur Bezahlung des Kaufpreises unbestellt empfangener Waren, 1854, cit.: Klemm.

Löhr, Centralorgan für das deutsche Handels- und Wechselrecht, cit.: Löhr CO.

Luckhaus, Die unbestellte Ware (Diss.).

Matthiass, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 2. Aufl. 1899, cit.: Matthiass.

Planck, Kommentar zum BGB., 2. Aufl. 1898.

Puchelt, Kommentar zum allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch, 1876.

Regelsberger, Civilistische Erörterungen I., 1868.

Schlotter, Die unbestellte Ware (Diss.).

Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten, cit.: Seuff. A.

Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 1900.

Tauchnitz, Zeitschrift für Rechtspflege und Verwaltung, cit. Tauchnitz.

Thöl, Das Handelsrecht, 6. Aufl. 1879.

Weber, Die Zusendung unbestellter Ware nach deutschem Handelsrecht, 1897 (Diss.).

Wolff, Die kaufmännische Dispositionsstellung in Buschs A., Bd. XV.

Ferner Reichsgesetze, Motive und Protokolle für das BGB. und HGB.

Bemerkung.

Nachdem die vorliegende Arbeit bereits abgeschlossen und genehmigt war, hat mich Herr Prof. Dr. Schultze in liebenswürdiger Weise auf eine inzwischen erschienene Schrift von Assmann, betitelt: Die unbestellten Zusendungen, aufmerksam gemacht. Seiner Anregung folgend habe ich diese Schrift, soweit es mir möglich war, durch Hinweis auf dieselbe in den Anmerkungen berücksichtigt. Eine Erweiterung habe ich nur dem § 10 dieser Arbeit zu teil werden lassen.

A. Einleitung.

§ 1.

Wenn wir im bürgerlichen Gesetzbuch (BGB.) oder Handelsgesetzbuch (HGB. oder NHG.) nach einer prinzipiellen Entscheidung über die Zusendung unbestellter Waren suchen, so werden wir sehen, dass in keiner der beiden Kodifikationen die sich an die Zusendung unbestellter Waren knüpfenden Rechtsfragen eine besondere gesetzliche Regelung gefunden haben. Es erscheint diese Thatsache um so auffallender, als die unter der Herrschaft des alten Handelsgesetzbuchs (AHG.) an die Zusendung unbestellter Waren sich anschliessenden zahlreichen Kontroversen zu einer gesetzlichen Normierung der Frage — allem Anschein nach — Anlass genug gegeben hätten. Schon Gareis hat in der Einleitung zu seinem Werke „das Stellen zur Disposition" es als einen schweren Fehler der mit der Beratung des AHG. betrauten Kommission hingestellt, dass die genannte Frage keine Lösung in der Kodifikation gefunden hätte. Ebenso wurde in dem Kommentar von Gareis-Fuchsberger[1]) auf die Not-

[1]) S. 698.

wendigkeit hingewiesen, die gesetzliche Normierung der genannten Frage bei der durch die Abfassung des BGB. notwendig gewordenen Neubearbeitung des Handelsgesetzbuchs nicht zu unterlassen. Wenn man dennoch von der Festsetzung ausdrücklicher Bestimmungen über die Zusendung unbestellter Waren absehen zu sollen geglaubt hat und nach wie vor die Entwicklung der hierfür massgebenden Rechtssätze der Wissenschaft überlassen hat, so mag der Grund für diese Erscheinung in zwei Punkten zu erblicken sein: einmal darin, dass die einzelnen Fälle in der Mannigfaltigkeit und Verschiedenartigkeit ihrer Gestaltung kaum alle unter eine Formel gebracht werden können, und sodann darin, dass die schwierige Frage nach der Bedeutung des Stillschweigens hier hineinspielt, deren Entscheidung das BGB. abgelehnt hat und mit Recht abgelehnt hat, weil die konkreten Umstände des Einzelfalls hier eine grössere Berücksichtigung erheischen als irgend wo anders.

Es wird nun unsere Aufgabe sein, zunächst uns Klarheit zu verschaffen über den Begriff der unbestellten Ware und deren juristische Natur, um sodann zu der Darstellung der aus der Zusendung unbestellter Ware sich ergebenden Rechtsverhältnisse überzugehen unter Zugrundelegung der Bestimmungen des NHG. und BGB.

B. Hauptteil.

Erster Teil.

A. Begriff der unbestellten Ware.

§ 2.

I. Begriff der Ware.

Der Begriff der unbestellten Ware setzt die Kenntnis des Begriffs der Ware voraus, auf den wir in wenigen Worten eingehen wollen. Das AHG. gebraucht den Ausdruck zu wiederholten Malen[1]), indes ist seine Verwendung eine so ungleichmässige, dass man eine einheitliche Definition hieraus nicht entnehmen kann. Man definierte die Waren gewöhnlich als Mobilien, welche Gegenstand von Handelsgeschäften sein können, als das im Umsatz befindliche Gut auf dem Wege vom Produzenten zum Konsumenten, aber weder bei diesem noch bei jenem, sondern im Übergangsstadium[2]). Das NHG.

[1]) Art. 357, 347, 271, 354.

[2]) Endemann, Das deutsche Handelsrecht, S. 330, vergl. auch Thöl HR., Bd. I, S. 422, ferner Endemann, Handbuch Bd. II, S. 5.

schafft die bisherige Verschiedenartigkeit der Begriffsbestimmungen aus der Welt und identifiziert Ware mit beweglicher Sache [8]. Indes ist der Kreis der beweglichen Sachen noch verengt, indem der Begriff auf diejenigen beschränkt ist, die nicht Wertpapiere sind. Natürlich können hier nur die Sachen in Betracht kommen, die Gegenstand des Umsatzes sein können, denen also ihre Umsatzfähigkeit weder durch ihre natürliche Beschaffenheit, noch durch die Rechtsordnung (verfälschte, verdorbene Sachen) entzogen ist.

In wie weit die Ware, je nach dem sie sich darstellt als einfache oder zusammengesetzte, teilbare oder unteilbare, Species- oder Genusssache, eine verschiedene Behandlung mit Rücksicht auf den Gegenstand unserer Untersuchung verlangt, ist an diesem Ort nicht festzustellen. Wir werden bei den einschlägigen Stellen darauf zurückkommen.

§ 3.

II. Begriff der unbestellten Ware.

1. Der Ausdruck „unbestellte Ware“ wird im Gesetz nicht erwähnt. Ich verstehe darunter diejenige Ware oder Quantität von Waren, welche einem Kaufmann oder Privatmann zugesandt wird, ohne dass diese Zusendung durch den Adressaten veranlasst war. Die Zusendung muss erfolgen aus dem rein einseitigen Entschluss des Absenders. Es scheiden damit folgende zwei Fälle aus:

---

[8]) NHG. §§ 1 Abs. 2 No. 1, 381 Abs. 1.

a. der, dass die Zusendung ihren Grund hatte in einer dem Absender obliegenden vertragsmässigen Verpflichtung,

b. der, dass die Zusendung auf eine Aufforderung des Empfängers hin erfolgt ist[1]), z. B. A geht zu seinem Buchhändler B und ersucht ihn, ihm einige Textausgaben eines Gesetzes zu übersenden. Natürlich haben wir es dann wiederum mit einer Zusendung unbestellter Ware zu thun, wenn B die Aufforderung des A abgelehnt hatte und dann trotzdem ihm die Bücher ins Haus schickt, oder wenn die Zusendung erfolgt, nachdem etwa voraufgehende Kaufsverhandlungen sich zerschlagen hatten.

Zu diesem Normalfall der Zusendung unbestellter Ware treten noch zwei andere, welche sich von dem ersteren dadurch unterscheiden, dass sich hier die Zusendung äusserlich an eine vorangegangene Bestellung knüpft.

2. Hierher gehört zunächst der Fall, dass das Zugesandte über das Quantum der nach der Bestellung zu liefernden Waren hinausgeht, dass neben bestellter Ware auch nichtbestellte geschickt wird. In wie weit wir es hier mit einer unbestellten Ware zu thun haben, hängt von der Teilbarkeit resp. Unteilbarkeit der gelieferten Ware ab. Ist die Ware nämlich teilbar, d. h. lässt sich das Plus, das Zuvielgelieferte von der bestellten Ware in der Weise absondern, dass der Wert der getrennten Teile hinter dem Wert des Ganzen nicht zurücksteht, so ist das über das Mass der Be-

[1]) Assmann, S. 152.

stellung hinaus Gesandte unbestellte Ware[2]). Bsp.: A bestellt 100 Flaschen Wein, B schickt 200. Die Lieferung von 100 Flaschen Wein erfolgt hier infolge einer darauf gehenden Bestellung, als Erfüllung eines Kaufvertrages, der Überschuss muss als unbestellte Ware aufgefasst werden. Ist aber das Zuvielgelieferte nicht in dem genannten Sinn trennbar, ist das Übersandte also eine unteilbare Sache (ich bestelle z. B. ein Fass Wein von 25 Litern und erhalte ein solches von 50 Litern), so ist die ganze Sendung unbestellte Ware. Man darf jedoch nicht übersehen, dass eine Abweichung in der Quantität — besonders, wenn dieselbe von geringer Bedeutung ist, — sich oftmals nur als ein Qualitätsmangel erweist, so z. B., wenn ich ein Fach Gardinen von drei Meter Breite bestelle und das gelieferte vier Meter breit ist. Hier würde eine, wenn auch anfechtbare Erfüllung eines Vertrages vorliegen, daher die Grundsätze für bestellte Ware in Anwendung zu bringen sein. Ob es sich im Einzelfall um mangelhafte Erfüllung der Bestellung oder um Nichterfüllung und Zusendung unbestellter Waren handelt, ist lediglich Thatfrage.

Es mag indes schon hier hervorgehoben werden, dass das Gesetz den Fall der sogenannten Mehrsendung unter gewissen — später zu besprechenden — Voraussetzungen den Normen unterstellt, welche für die Lieferung bestellter aber fehlerhafter Waren statuiert sind.

---

[2]) Gareis, St. z. D., S. 71. Hanausek, Haftung Bd. I, S. 264. Buschs A., Bd. VII, S. 54. GZ., Bd. XVII, S. 244 No. 46.

3. Aber nicht nur, wenn neben, sondern auch wenn statt der bestellten Ware eine andere übersandt wurde, haben wir es mit einer unbestellten Ware zu thun. Gleichgültig ist die Frage, worin der Grund für die Abweichung liegt, mag der Absender die bestellte Ware zu liefern ausser stande sein, oder mag er die ihm gemachte Bestellung irrtümlich aufgefasst oder mag er sie in dem Glauben geschickt haben, dass der Besteller die gesandte bessere Ware der bestellten vorziehen würde.

Vom Standpunkt des AHG. war es von grosser Wichtigkeit, in jedem einzelnen Fall festzustellen, ob die gelieferte Ware sich wirklich als eine alia res darstellte, oder ob es sich nur um eine vertragswidrig gelieferte, mangelhafte Sache handelte, da, je nach dem die Entscheidung nach der einen oder anderen Seite getroffen wurde, die Regeln über bestellte, aber mangelhaft gelieferte Ware (Art. 347) oder diejenigen über unbestellte Ware in Anwendung gebracht werden mussten. Die zahlreichen Kontroversen in der Litteratur und Praxis beweisen die Schwierigkeit, die Kriterien festzustellen, nach welchen zu beurteilen ist, ob die statt der bestellten gelieferte Ware als eine mangelhafte oder als alia res aufzufassen sei. Die Entscheidung dieser Frage ist, wie Gareis[3]) richtig bemerkt, nur in den eklatantesten Fällen absolut zu geben. Dahin gehört beispielsweise die Lieferung eines Hundes statt eines Pferdes. In den zweifelhafteren Fällen konnte man zu einigermassen sicheren Unterscheidungs-

[3]) Gareis, St. z. D., S. 14.

merkmalen nicht gelangen. Der Streit drehte sich vor allem um folgendes: Ist die Frage, ob aliud pro alio oder nichtempfangbare Ware geliefert sei, stets nach objektiven allgemeinen Kriterien zu beurteilen, oder muss, wie Gareis meint, die im Einzelfall geäusserte Intention der Parteien berücksichtigt werden? Die ganze Frage ist heute belanglos geworden, weil uns § 378 des NHG. die Lösung erspart. Hiernach sind die Vorschriften über die Zusendung mangelhafter Ware[4]) auch dann in Anwendung zu bringen, wenn eine andere als die bedungene Sache geliefert ist, sofern die gelieferte Ware nicht offensichtlich von der Bestellung so erheblich abweicht, dass der Absender die Genehmigung für ausgeschlossen halten musste[5]) (HG. § 378).

Es ist schliesslich noch darauf hinzuweisen, dass, wenn die gelieferte Ware hinter der bestellten quantitativ zurückbleibt, eine unbestellte Ware nicht geschickt ist. Denn da noch mehr als die gelieferte Ware bestellt worden ist, so ist klar, dass das Minus, welches geliefert worden ist, sicherlich Gegenstand der Bestellung war.

4. Folgender Fall verdient noch besonders erwähnt zu werden. Es kommt im Geschäftsleben häufig vor, dass der Adressat einer Bestellung dieselbe nicht beantwortet, sondern die bestellte Ware mit Faktura zusendet. Wenn nun die Faktura in irgend einem Punkte von der Bestellung oder von einer im Zweifel

---

[4]) HG. § 377.

[5]) Vgl. § 7 dieser Arbeit.

massgebenden dispositiven Norm abweicht, so fragt es sich: Liegt hier eine Zusendung gekaufter Ware vor oder Zusendung unbestellter Ware als Offerte zu einem neuen Kaufkontrakt. Die Frage ist bestritten. Wir schliessen uns den Ausführungen Hanauseks[6]) an, der treffend nachweist, dass im allgemeinen die Absendung der Ware mit einer in einigen Punkten bestehenden Änderung als Ausführung der Bestellung zu gelten habe. Eine gegenteilige Annahme wäre nur dann begründet, wenn die Abweichung sich auf ein essentiale negotii bezog oder die Intention des Absenders, eine Gegenofferte zu stellen, in erkennbarer Weise dem Besteller kundgegeben war.

§ 4.

B. Juristische Natur und Bedeutung der Zusendung.

Die Frage nach der juristischen Natur und Bedeutung der Zusendung unbesteller Ware ist, je nach dem Zwecke, den der Absender mit der Zusendung verfolgt, verschieden zu beantworten. Meistens wird die Absicht des Absenders aus den Umständen erkennbar sein, oder es liegt ein Begleitschreiben bei, welches den Empfänger über den Zweck der Zusendung informiert.

1. Die Zusendung kann geschehen aus Liberalitätsgründen. Dahin gehören Sendungen zu Reklame-

[6]) Hanausek, Fakturen und Fakturenklauseln, S. 78, 79.

zwecken, Probesendungen usw. Diese Fälle bieten kein weiteres juristisches Interesse und scheiden deshalb von unserer Betrachtung aus.

2. Die Zusendung kann die Folge eines Irrtums sein. Hier ergeben sich verschiedene Möglichkeiten:

a. der Absender glaubt irrtümlicherweise, vom Adressaten der unbestellten Waren eine Bestellung erhalten zu haben;

b. der Absender adressiert irrtümlicherweise falsch;

c. der Bote oder die die Übersendung vermittelnde Transportanstalt überbringt die Ware an eine falsche Adresse;

d. der Absender hatte die Bestellung von einem im Hause des Adressaten beschäftigten Handlungsgehilfen oder sonst einem Dritten erhalten, den er für ermächtigt hielt, Warenbestellungen zu machen.

Wir werden auf diese Fälle bei den einschlägigen Stellen näher eingehen.

3. Der Zweck der Zusendung kann ferner der sein, dem Adressaten, dem der Absender eine Leistung vertragsmässig schuldet, die zugesandte Ware als datio in solutum zu überweisen. Es hängt hier vom Empfänger ab, ob er die Ware als Erfüllung der geschuldeten Leistung gelten lassen will. Geht er darauf ein, so wird der Absender von seiner Leistung liberiert. Für den Fall, dass er ablehnt, kann in der Zusendung zugleich eine Kaufofferte liegen.

4. Häufiger tritt uns der Fall der Zusendung unbestellter Ware zu dem Zweck entgegen, den Em-

pfänger zu veranlassen, Sachen derselben Art und Güte, wie die übersandte, zu kaufen. Die unbestellte Ware hat hier die Funktion einer Probe.

5. In den weitaus meisten Fällen — und dieser Fall ist auch bei den folgenden Ausführungen zu unterstellen — wird der Zusendung unbestellter Waren die Tendenz einer Kaufofferte zu Grunde liegen. Die zugesandte Ware soll das Objekt bilden, welches der Absender als Verkäufer in Erfüllung des etwa zu stande kommenden Vertrags leisten will. Es ist dies ein bei Kaufleuten sehr beliebtes Mittel, um ihre Waren unter das Publikum zu bringen. Die Zusendung hat hier die Bedeutung eines Antrages zu einem Kaufvertrag. Dieser Kaufantrag ist es aber nicht allein, der in der Zusendung liegt. Während regelmässig im Leben die Erfüllung der aus einem Vertrage sich ergebenden Verpflichtungen der Willenseinigung, dem Vertragsabschluss folgen wird, enthält der Antrag, der in Form der Zusendung unbestellter Ware gestellt wird, bereits eine Erfüllung im Fall seiner Annahme. Dis Traditionshandlung, welche aus dem perfekt gewordenen Kaufvertrag von dem Verkäufer zur Eigentumsverschaffung vollzogen werden muss, ist hier antizipiert. Die Zusendung hat zugleich den Charakter einer aufschiebend, und zwar potestativ bedingten — d. h. vom Willen des Empfängers abhängigen — Eigentumsübertragung[1]. Mit der Willenseinigung, die mit der Acceptation des Kaufantrags von Seiten des Adressaten gegeben ist,

[1]) Ebenso Assmann, S. 46.

ist der Verkäufer seinen Verpflichtungen aus dem Vertrag bereits enthoben. Gareis[2]) sagt: „Die Acceptation dieser bedeutungsvollen Tradition ist die Annahme einer Vertragsabschlussofferte und einer Vertragserfüllungsofferte."

Der Antrag muss natürlich allen Erfordernissen eines rechtsgültigen Antrags entsprechen, damit der vorgeschlagene Vertrag zu stande kommt[3]). Die Offerte muss von einer geschäftsfähigen Person gestellt sein und, da es sich um eine empfangsbedürftige Willenserklärung handelt, dem Adressaten zugegangen sein. Solange die Ware unterwegs ist, kann von einem Antrage nicht die Rede sein. Nicht erforderlich ist, dass der Empfänger unbeschränkt geschäftsfähig ist. Es genügt vielmehr auf seiner Seite beschränkte Geschäftsfähigkeit, da er durch die Entgegennahme des Antrags lediglich einen rechtlichen Vorteil erlangt und zwar „die Aussicht, dass ein für ihn möglicherweise vorteilhafter Vertrag zu stande kommt"[4]).

Da es sich um einen Antrag zum Kaufvertrag handelt, so muss Ware und Preis gehörig bestimmt sein. Hinsichtlich der Bestimmtheit des Leistungs-

---

[2]) Gareis, St. z. D. S. 83.

[3]) Ob ein Antrag derart präcisiert sein muss, dass das einfache „Ja" des Empfängers genügt, um den Vertrag zur Perfektion zu bringen (dagegen Endemann, Handbuch, Bd. II, S. 424, Anm. 6), ist eine Frage, deren Entscheidung für den vorliegenden Fall bedeutungslos ist, da die durch Zusendung unbestellter Ware gestellte Offerte immer eine solche Bestimmtheit hat.

[4]) So die Motive I, S. 140. Vgl. ferner Planck, Kommentar zum BGB., Bd. I, Anm. 3 zu § 131, Abs. 2. Entwurf I, § 66. Assmann, S. 32.

gegenstandes bei Zusendung unbestellter Ware ist nichts weiter zu bemerken. Denn gerade der übersandte Gegenstand, die spezialisierte Quantität vertretbarer Sachen soll den Gegenstand des Kaufvertrags bilden. Was die Preisbestimmung anbetrifft, so wird regelmässig die Höhe des Preises dem Adressaten durch einen Vermerk auf der Ware selbst oder durch ein Begleitschreiben in Gestalt einer Faktura oder Nota ohne weiteres ersichtlich sein. Indessen sind die Fälle auch nicht selten, wo eine ausdrückliche Preisfixierung fehlt und eine weitere Prüfung notwendig wird, um eine Übereinstimmung der Kontrahenten in Bezug auf dieses essentiale des Vertrages zu ermitteln.

Die Ansicht, die im römischen Recht galt[5]), dass ein pretium certum vorliegen müsse, wurde schon im gemeinen Recht nicht mehr aufrecht erhalten[6]). Klemm[7]) behauptet allerdings, dass über unbestellte Ware, denen nicht eine ausdrückliche Preisbestimmung zugefügt sei, ein Kaufvertrag niemals zu stande käme, es sei denn, dass es sich um Waren handelt, für die eine feste Taxe besteht. Die Konsequenz, die Klemm aus diesem Satz zieht, ist die, dass im Fall der „Anmassung" der Ware der Kaufpreis nicht verwirkt sein soll, sondern nur ein Schadensersatzanspruch begründet sei. „Selbst wenn der Absender der Ware sich darauf stützen konnte, dass dem Empfänger vor dem Empfange bekannt gewesen sei, wie er Waren der fraglichen

---

[5]) § 1. J. de empt. vend. 3, 23; l. 35, § 1 D. de contr. empt. 18, 1.

[6]) Dernburg, Pandekten, Bd. II, § 94.

[7]) Klemm, S. 11, 29.

Art zu verkaufen pflege, oder dass er früher gleichartige Waren zu dem nämlichen Preis gekauft habe, würde dieser Umstand doch als Grundlage einer stillschweigenden Genehmigung dieser Preise nie angesehen werden können, da die Festsetzung der Höhe des Kaufpreises für jeden einzelnen Kaufabschluss selbständig erfolgen muss[8])." Diese Auffassung ist zu eng und mit modernen Verkehrsverhältnissen nicht vereinbar[9]). Aus dem unbestrittenen Satz, dass zu der Perfektion des Kaufvertrags Einigung über den Preis erforderlich ist, folgt an sich nicht, dass diese Einigung beim Abschluss des Vertrags in der Festsetzung eines zahlenmässig bestimmten Betrags Ausdruck finden müsse. Wenn beide Teile über den kaufsweisen Übergang der Sache einig sind, so übernimmt der Käufer, sofern keine besonderen Umstände[10]) eine objektive Preisbestimmung rechtfertigen, stillschweigend die Verpflichtung, den arbitrio boni viri festzusetzenden Preis zu entrichten[11]). Hat die Ware einen Markt- oder Börsenpreis, so wird dieser regelmässig zu Grunde gelegt werden müssen.

---

8) Klemm, S. 10 fg., 29.

9) Endemann, Handbuch, Bd. II, S. 553. Endemann, Handelsrecht, S. 495.

10) Derartige Umstände sind etwa Geschäftsverbindung bezüglich gewisser Arten von Waren. OAG. Dresden in Löhr, CO. N. F., Bd. II, S. 208. Hier wird sich der Preis wahrscheinlich aus den früheren Bestellungen oder dem gesamten Geschäftsverkehr der beiden Parteien feststellen lassen. Oder: bei einer Zuviellieferung ist für die unbestellte Ware der Preis der bestellten massgebend.

11) GZ., Bd. IV, S. 398.

Diese Grundsätze bleiben auch unter der Herrschaft des BGB. massgebend. Ist der Umfang der für eine Leistung versprochenen Gegenleistung (hier: Kaufpreis) nicht bestimmt, so steht die Bestimmung im Zweifel demjenigen zu, der die Gegenleistung zu fordern hat, d. h. dem Verkäufer[12]). Die Bestimmung ist nach billigem Ermessen zu treffen[13]). Dem billigen Ermessen entspricht der angemessene Preis, der sich bei Waren um so leichter ermitteln lässt, als der kaufmännische Verkehr die Tendenz hat, allen Waren einen bestimmten Preis aufzuprägen.

Im übrigen ist der Antrag hinsichtlich seiner Wirksamkeit wie jede Willenserklärung zu behandeln.

Für die im Scherz, unter Simulation oder im Irrtum abgegebene Antragserklärung finden die Vorschriften des BGB.[14]) Anwendung, auf welche wir hier verweisen können.

6. Es ist behauptet worden, dass in der Zusendung unbestellter Ware ein Antrag zu einem Kauf auf Probe liege, dass mit der Annahme der Ware bei Kenntnis ihrer Eigenart als unbestellter ein Kauf auf Probe zu stande käme[15]). Die übersandte Ware solle alsdann als Probe zu betrachten sein. Der richtigen Meinung nach[16]) sind die Bestimmungen über den Kauf auf Probe deshalb nicht anwendbar[17]), weil hier

---

[12]) BGB. § 316.

[13]) BGB. § 115.

[14]) BGB. § 116 fg.

[15]) ROHG. VII, S. 525; GZ. XXIII, S. 529.

[16]) Gareis, St. z. D. S. 174. Hanausek, Haftung, Bd. I, S. 217, Anm. 4. Assmann, S. 134.

[17]) BGB. §§ 495, 496. AHG. Art. 339.

eine vorhergehende Vereinbarung vorausgesetzt ist darüber, dass der Käufer die Ware prüfen werde, um von dem Resultat seiner Prüfung die Genehmigung abhängig zu machen. Eine voraufgehende Vereinbarung ist aber bei der Zusendung unbestellter Ware nicht vorhanden, es fehlt ausserdem jede Willensäusserung des Empfängers, aus der sich eine Annahme des Antrags auf Abschluss eines Kaufes auf Probe ergebe. Denn die Abnahme der Ware kann man unmöglich als eine auf Abschluss eines Kaufs auf Probe gerichtete Annahmeerklärung auffassen[18]).

[18]) Vgl. § 6 der Arbeit.

Zweiter Teil.

A. Rechtswirkungen aus der Zusendung als einer Offerte.

§ 5.

I. Für den Absender als Offerenten.

Durch den in Form der Übersendung unbestellter Ware gestellten Verkaufsantrag hat sich der Absender in eine rechtliche Beziehung zum Oblaten gesetzt, die ihm ein bestimmtes Verhalten zur Pflicht macht. Es wird durch die Übersendung der Ware eine Art Pendenzverhältnis begründet dergestalt, dass dem Absender vorläufig die Verfügungsmöglichkeit über den Gegenstand der Zusendung entzogen ist. Nach § 145 des BGB. ist der Antragsteller an seinen Antrag gebunden; er hat ihn der Annahme dessen ausgesetzt, an den er ihn gerichtet hat. Während im römischen Recht das Prinzip obwaltete, dass der Antragsteller den Antrag beliebig widerrufen könne, sofern ihm nicht die Eigenschaft der Unwiderruflichkeit ausdrücklich beigelegt war, und dieses Prinzip im gemeinen Recht beibehalten wurde, hat bereits das preussische

2

Landrecht[1]) und das AHG. mit demselben gebrochen. Beide Gesetze haben die Unwiderruflichkeit des Antrags als Regel statuiert, und diesem den Bedürfnissen des Verkehrs allein gerecht werdenden Grundsatz hat sich das BGB. angeschlossen. Natürlich kann die Gebundenheit durch Erklärung des Offerenten ausgeschlossen werden. Gewöhnlich bedient sich der Absender hierbei der Worte „ohne Obligo". Indes kann das Hinzufügen dieser Klausel auch die Bedeutung haben, den Destinatär der Warensendung zur Stellung einer Offerte zu veranlassen. Von wesentlicher Bedeutung für den Offerenten ist, dass die Zeit der Gebundenheit bestimmt ist. Das AHG. und ebenso das BGB. lässt für den Beginn der Gebundenheit den Zeitpunkt massgebend sein, in welchem die Offerte dem Oblaten zugeht, sanktioniert damit die sogenannte Empfangstheorie des gemeinen Rechts[2]). Die Gebundenheit des Warenabsenders ist daher ausgeschlossen, wenn er eine Widerrufserklärung absendet, die gleichzeitig mit der Ware oder vor dessen Eintreffen dem Empfänger zugeht[3]). Was die Dauer der Gebundenheit anbetrifft, so hat es der Antragsteller in seiner Hand, dieselbe beliebig zu bestimmen[4]). Die Hinzufügung

[1]) Pr. Lr. I, 5, § 90 fg.

[2]) BGB. § 130.

[3]) BGB. § 130.

[4]) Unter der Herrschaft des AHG. war es streitig, was die Wirkung eines unter einer Zeitbestimmung abgegebenen Antrags sei. Während die eine Ansicht dahin geht, dass der Ablauf der Frist den Antrag nicht zum Erlöschen bringt, sondern nur dem Antragsteller ein Widerrufsrecht giebt (Hauser in GZ., Bd. XII, S. 75), lässt die andere von Regelsberger (Civil. Erörterungen I, S. 76) scharfsinnig

einer Zeitbestimmung kann aber nicht die Bedeutung haben, dass die Versäumung einer Erklärung innerhalb dieser Frist den Absender zu der Annahme berechtigt, als ob der Empfänger in den proponierten Vertrag eingegangen sei[5]). Ist eine zeitliche Begrenzung der Gebundenheit nicht gegeben, so sind für unseren Fall die Grundsätze anzuwenden, welche für den Abschluss der Verträge unter Abwesenden massgebend sind. In § 147, Abs. 2 BGB. — im wesentlichen eine Wiederholung des Art. 319, Abs. 1 des AHG. — ist die Gebundenheit bis zu dem Moment festgesetzt, in dem der Offerent den Eingang der Antwort unter regelmässigen Umständen erwarten darf. Der Antrag erlischt, wenn bis zu diesem Zeitpunkt die Annahmeerklärung nicht zugegangen ist. Trifft dieselbe nach Ablauf der Frist ein, so liegt darin die Stellung eines neuen Antrags[6]).

Der Absender bleibt Eigentümer der abgesandten Ware, bis der Empfänger seine Einwilligung in den Kaufkontrakt gegeben und damit die Bedingung für den Eigentumsübergang erfüllt hat.

Was die Besitzverhältnisse anbetrifft, so bleibt nach gemeinem Recht der Absender juristischer Besitzer, während der Empfänger die Stellung eines Detentors einnimmt. Nach BGB. wird indes auch der Empfänger Besitzer, und zwar unmittelbarer, während

---

vertretene Auffassung den Antrag erlöschen, dessen Lebensdauer durch den Willen des Offerenten bestimmt war. ROHG. Bd. III, S. 117; Bd. VI, S. 244; Bd. X, S. 11; Hahn, Bd. II, S. 199.

[5]) Darüber das Nähere später.

[6]) BGB. § 150, Abs. 1.



dem Absender der mittelbare Besitz verbleibt[7]). Mit dem Moment der Acceptation hört wie das Eigentum so der Besitz des Absenders auf; es liegt dann kein Verhältnis mehr vor, vermöge dessen der Warenempfänger ihm gegenüber auf Zeit zum Besitz berechtigt oder verpflichtet ist. Der Absender steht zu der Ware in keinem Verhältnis mehr.

II. Für den Empfänger als Oblaten.

§ 6.

1. Ausdrückliche oder stillschweigende Annahme oder Ablehnung.

Für das Schicksal der unbestellten Ware ist bestimmend die Stellung, welche der Empfänger dem Antrage gegenüber einnimmt.

Sein Verhalten kann ein positives oder negatives sein; ersteres, insofern er durch eine Erklärung, mag diese ausdrücklich oder stillschweigend erfolgen, die Vertragsofferte annimmt oder ablehnt, negativ insofern, als er sich passiv verhält, auf den ihm gemachten Antrag nicht reagiert. Die an das Schweigen sich knüpfenden Rechtsfolgen sollen in einem besonderen Paragraphen unserer Beurteilung unterzogen werden.

Entscheidet sich der Oblat für die Annahme[1]), so wird er diese seine Absicht regelmässig dem Antrag-

---

[7]) BGB. § 868. Ebenso Assmann, S. 45.

[1]) Ob eine Annahme vorliegt, ist im Einzelfall genau zu untersuchen. Die Annahmeerklärung muss sich mit der Antragserklärung in

steller brieflich mitteilen. Dieses Verfahren entspricht jedenfalls den unter Kaufleuten üblichen Gepflogenheiten. Ebenso wird der Empfänger meistens verfahren, wenn er den Antrag ablehnen will.

Die Annahmeerklärung braucht nicht ausdrücklich abgegeben zu werden; es genügt eine stillschweigende Willenserklärung, eine Willenserklärung durch konkludente Handlungen, d. h. Handlungen, welche die Zustimmung zum Antrag nicht in erster Linie zum Ausdruck bringen, aus denen aber ein sicherer Schluss auf den Zustimmungswillen zu ziehen ist.

In wie weit das Verhalten des Empfängers einen unzweideutigen Schluss auf die Annahme des Antrags zulässt, ist eine Frage, deren Entscheidung nicht durch eine einheitliche Regel gegeben werden kann. Die konkreten Umstände des Einzelfalls müssen in ihrer Totalität in Berücksichtigung gezogen werden, und unsere durch die Anschauung des Lebens und des Verkehrs gewonnene Erfahrung werden wir für die Beurteilung in erster Linie heranziehen müssen. Es möge mir im folgenden verstattet sein, in Anlehnung an die reiche Judikatur über diesen Punkt einige Beispiele dafür anzuführen, in wie weit eine stillschweigende Willenserklärung für die Annahme des Antrages konkludent erscheint.

Sicher ist, dass das Abnehmen der Waren keinen Schluss auf den Annahmewillen zulässt, mag nun der Abnehmende die Ware als unbestellte erkannt haben

allen Punkten decken. Eine Annahme unter Erweiterungen, Einschränkungen oder sonstigen Änderungen gilt als Ablehnung, verbunden mit einem neuen Antrage BGB. § 150, Abs. 2.

oder nicht[2]. Eine Annahme ist dagegen zweifellos darin zu erblicken, dass der Empfänger über die Ware, von der er weiss, dass sie nicht bestellt ist, in einer über die Prüfung hinausgehenden Weise verfügt durch Verzehren, Verbrauchen, Veräussern, Verarbeiten[3]), kurz Handlungen vornimmt, durch die er sich als Eigentümer geriert. Indessen wird die Annahme ausgeschlossen sein, wenn der Verbrauch der Sache durch einen Zufall oder Irrtum entstanden ist, wenn etwa die unbestellte Ware mit einer ähnlichen verwechselt wurde[4]). Auch eine zu Prüfungszwecken oder im Interesse des Absenders erfolgte Verfügung wird den Schluss auf Annahme der Offerte ausschliessen. Eine Acceptation des Antrags wird dagegen schon in einer teilweisen Verfügung über die Ware gefunden[5]). Das ist jedenfalls richtig bei einer unteilbaren Sache, oder wenn mehrere einzelne Sachen nach der für den Empfänger erkennbaren Absicht als unteilbar zum Verkauf angeboten wurden. So bedeutet das Aufschneiden eines von 3 zusammen gehörenden Bänden die Annahme des ganzen Werkes, die Verfügung über einen Ohrring die Annahme des anderen[6]). Im übrigen kann bei teilbaren Waren die Verfügung über einen Teil nur die Annahme des Verkaufsangebots des betreffenden Teiles bedeuten. Keine Annahme unbestellter

---

[2]) Seuff. A., Bd. VIII, S. 36.

[3]) Buschs A., Bd. VII, S. 57.

[4]) Endemann, Handbuch, Bd. II, S. 573.

[5]) GZ., Bd. XII, S. 244; Löhr, CO. N. F., Bd. II, S. 209; Buschs A., Bd. III, S. 394.

[6]) Klemm, S. 28, 63.

Waren ist in Handlungen zu erblicken, welche nur die Untersuchung ermöglichen oder erleichtern sollen: Öffnen der Kisten und Ballen [7]), Herausnahme aus den Verpackungen und Wegnahme der Etikette [8]), Öffnen des Sackes, in dem die Ware enthalten ist, „worin nichts weiter zu sehen ist, als der Entschluss, die gemachte Offerte in Erwägung zu ziehen“ [9]). Eine Genehmigung liegt ferner nicht in der Dirigierung der Ware an einen andern Bahnhof, „wo die Untersuchung leichter hätte vorgenommen werden können“ [10]). In Goldschmidt's Zeitschrift findet sich eine Entscheidung [11]), in der die Annahme eines der Zusendung voraufgegangenen Avisbriefes oder eines mit der Ware eintreffenden Frachtbriefes oder Faktura, besonders auch die Bezahlung der Fracht als Handlungen gekennzeichnet sind, aus denen der Wille auf Annahme der Ware zu schliessen ist. Diese Ansicht kann unsere Billigung nicht finden, steht auch in der Praxis nicht unangefochten da. In andern Entscheidungen [12]) ist ausgesprochen, dass in dem Umstande, dass der Empfänger die Fracht gezahlt und die Ware geöffnet hat, nicht immer eine stillschweigende Annahmeerklärung gefunden werden könne, weil die Vornahme dieser Handlungen den Zweck haben kann, den Entschluss, die unbestellte Ware zu behalten, durch die

---

[7]) GZ., Bd. XVII, S. 244. Gruchots Beiträge, Bd. XX, S. 452.
[8]) Buschs A., Bd. XXX, S. 157.
[9]) Buschs A., Bd. XVI, S. 95.
[10]) Buschs A., Bd. XXV, S. 385; ROHG., Bd. XVI, S. 249.
[11]) GZ., Bd. XVII, S. 244.
[12]) GZ. N. F., Bd. VIII, S. 526; Seuff. A., Bd. XXIV, S. 99.

Besichtigung erst zu ermöglichen. Mit Recht wurde in einer weiteren Entscheidung[13]) in dem Abholen vom Bahnhof keine Annahme gesehen. Falsch scheint mir dagegen ein von Bolze mitgeteiltes Urteil[14]) zu sein, in welchem das dauernde Behalten einer Ware, besonders einer solchen, die bei längerem Aufenthalt an Wert verliert, als konkludent angesehen wurde. Indessen scheint es mir, als ob das Gericht zu dieser Entscheidung nicht so sehr mit Rücksicht auf die durch das Behalten der Ware hervorgerufene Wertminderung gekommen ist, als vielmehr infolge der durch die Geschäftsverbindung dem Empfänger zustehenden Anzeigepflicht[15]).

Die Annahmeerklärung muss, um wirksam zu sein, regelmässig dem andern Vertragsteil gegenüber erklärt sein. Indessen lässt das BGB.[16]) die Annahme genügen, ohne dass diese dem Antragenden gegenüber erklärt zu werden braucht, wenn eine solche Erklärung nach der Verkehrssitte nicht zu erwarten ist oder der Antragende auf sie verzichtet hat. Diese Bestimmung ist, wie aus der Denkschrift zum Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das deutsche Reich[17]) hervorgeht, besonders für solche Anträge geschaffen, bei denen die vom Antragenden zum Verkauf angebotenen Sachen mit dem Antrage zugleich zugesandt werden,

---

[13]) Buschs A., Bd. III, S. 394.

[14]) Bolze, Die Praxis des Reichsgerichts in Civilsachen, Bd. XIII, S. 229.

[15]) Vergl. das Nähere § 7 dieser Arbeit.

[16]) BGB. § 151.

[17]) Denkschrift S. 23.

mit andern Worten für die Zusendung unbestellter Ware. Diese Regel — scheinbar eine Neueinführung des BGB. — hat in der That schon vor dessen Einführung vornehmlich im handelsrechtlichen Verkehr bestanden.

Ist der Oblat nicht gewillt, in den proponierten Kaufvertrag einzugehen, so hat er die Befugnis, dem Absender von seiner Ablehnungsabsicht Mitteilung zu machen und ihm die Waren wieder zur Verfügung zu stellen[18]) oder dieselbe zurückzusenden. Thut er das, so weiss der Offerent, dass der Consens nicht zu stande gekommen ist, und dass er aus dem Behalten und Verwahren der Ware seitens des Empfängers keine falschen Schlüsse ziehen darf. Die bisher bestrittene Frage, ob die Erklärung, dass die Waren zur Disposition gestellt würden, auch Handlungsreisenden und Agenten gegenüber abgegeben werden dürfe[19]), ist jetzt in bejahendem Sinne zu entscheiden[20]). Wenn neben bestellter unbestellte Ware angeboten wurde, so erstreckt sich die Ablehnungsbefugnis nur auf den

---

[18]) Gegen die Bezeichnung dieser Erklärung mit „Stellung zur Disposition" wendet sich Hanausek, weil man mit der Dispositionsstellung gewöhnlich die Vorstellung verbindet, dass bestellte Ware fehlerhaft geliefert sei und bei gleicher Anwendung der Ausdrücke eine Übertragung der für die Dispositionsstellung bestellter aber nicht empfangbarer Waren geltenden Regeln auf unbestellte Waren leicht herbeigeführt werden kann. Indessen hat sich die Bezeichnung in der Litteratur und Rechtsprechung auch für unbestellte Ware eingebürgert, auch wird sie im kaufmännischen Verkehr in diesem Sinne verwendet, so dass kein Grund vorhanden ist, dieselbe aufzugeben. Für ihre Beibehaltung spricht auch der neugeschaffene § 378 des NHG.

[19]) Gareis, St. z. D., S. 90.

[20]) NHG. §§ 86 Abs. 2, 55 Abs. 3, die analoge Anwendung finden.

nicht bestellten Teil[21]). Müssen aber bestellte und unbestellte Ware als unteilbar gelten, so muss man dem Empfänger das Recht zuerkennen, die ganze Lieferung abzulehnen. Ebenso hat der Oblat, wenn die Absonderung der bestellten von dem unbestellten Teil zwar möglich ist, aber sich als eine ihm nicht zuzumutende Belastung darstellt, das Recht, die ganze Leistung zurückzuweisen[22]).

§ 7.

2. Insbesondere: die Bedeutung des Schweigens.

Wir kommen jetzt zu einer der wichtigsten Fragen in unserer Abhandlung, nämlich der nach der Gestaltung der rechtlichen Beziehungen, die sich ergeben, wenn der Empfänger der unbestellten Waren sich passiv verhält, mit anderen Worten, nach der rechtlichen Bedeutung des Stillschweigens. Die Beantwortung dieser Frage wird uns darüber belehren, wann der Empfänger der unbestellten Waren verpflichtet ist, auf die Offerte zu reagieren, d. h. die Waren zur Disposition stellen muss, sofern nicht das Präjudiz der Genehmigung Platz greifen soll. Bei der grossen Wichtigkeit, welche der Frage nach der Bedeutung des Stillschweigens beizumessen ist, mag es mir verstattet sein, einen historischen Rückblick voranzuschicken.

---

[21]) GZ., Bd. XII, S. 282; Gareis, St. z. D., S. 177 im Widerspruch zu S. 72.

[22]) ROHG. Bd. XIV, S. 242, Nr. 67.

A. Das alte Recht.

Schon die Quellen kennen den Satz, dass niemand durch die einseitige Handlung eines andern rechtlich wirksam zur Vornahme einer Handlung oder Willensäusserung verpflichtet werden kann, dass niemand gehalten ist, auf einen Vertragsantrag zu antworten. Non debet alteri per alterum iniqua conditio inferri[1]). Hat nun derjenige, dem ein Antrag gemacht worden ist, es in seiner Willkür, ob er in den Vertrag einwilligen wolle oder nicht, so begründet die Unterlassung einer Erklärung auf den Antrag weder den Schluss, dass der Oblat einverstanden sei, noch den, dass er ablehne. Qui tacet, non utique fatetur, sed tamen verum est, eum non negare[2]).

Die Gültigkeit dieser Regel für das gemeine Recht ist bestritten worden. An ihre Stelle soll, wie vielfach behauptet wird, das in dem Satz: qui tacet, consentire videtur ausgesprochene Prinzip getreten sein. Zum Beweise dieser Ansicht wird von einer Seite auf die Thatsache verwiesen, dass die Quellen eine Anzahl von Stellen aufweisen, in denen das Stillschweigen als Zustimmung angesehen wird, und dass aus diesen Stellen die allgemeine Regel fliessen sollte. Indessen sind diese Fälle, wie Savigny[3]) nachweist, Ausnahmen positiver Natur, welche nicht durch Aufnahme anderer oder ähnlicher Fälle vermehrt werden dürfen. Andere behaupten, dass die grundsätzliche

---

[1]) l. 74 D. de R. J. 50, 17.

[2]) l. 142 D. de R. J. 50, 17.

[3]) Savigny, System des heutigen römischen Rechts, Bd. III, § 132.

Auslegung des Schweigens im römischen Recht durch die im kanonischen Recht sich findende Regel: qui tacet consentire videtur aufgehoben sei[4]). Dagegen spricht aber folgendes: Einmal beziehen sich die kanonischen Regeln auf die — oben erwähnten — Ausnahmen des römischen Rechts, andererseits ist die genannte Digestenstelle zum Überfluss noch dem kanonischen Satz hinzugefügt. Wir gewinnen hiermit als Regel für das gemeine Recht, dass Schweigen keine Einwilligung bedeutet, dass also eine Pflicht, sich auf eine Offerte zu erklären, nicht besteht.

Dieser Standpunkt ist indessen in dieser Einseitigkeit in der neuen Zeit nicht mehr festgehalten worden. Es machte sich im Verkehr das Bedürfnis geltend, diese rein schematische Behandlung des Stillschweigens aufzugeben, um diesem in denjenigen Fällen die Bedeutung der Zustimmung zukommen zu lassen, wo, wie Dernburg[5]) sagt, „Redlichkeit und praktische Vernunft einen Widerspruch gefordert hätten, falls wir nicht einverstanden waren“[6]).

Vor Einführung des AHG. machte sich im kaufmännischen Verkehr eine entschiedene Neigung geltend, die eben dargestellten Grundsätze des modernen gemeinen Rechts weit über ihre Grenzen auszudehnen. Es bildete sich im Verkehr der Kaufleute unter einander das Prinzip aus, dass im Interesse der kauf-

---

[4]) c. 43 de R. S. in VI°, 5, 12.

[5]) Dernburg, Pandekten, Bd. I, S. 231; Seuff. A., Bd. IV, S. 211; Bd. V, S. 117; Bd. I, S. 40.

[6]) So auch Hallwachs im Archiv für praktische Rechtswissenschaft, Bd. X, S. 227; Brinz, Pandekten, Bd. IV, S. 273.

männischen Ordnung das Stillschweigen auf eine Kaufofferte als Zustimmung zum Abschluss des Vertrags ausgelegt werden müsse [7] [8]).

Bei der Einführung des AHG. entspann sich ein lebhafter Streit darüber, ob der Grundsatz des gemeinen Rechts oder die für den Kaufmann entwickelten Sonderregeln zu gelten haben. Zur Lösung dieser Frage müssen wir Art. 1 des AHG. heranziehen, welcher bestimmt, dass, „insoweit dieses Gesetzbuch keine Bestimmungen enthält, die Handelsbräuche und in deren Ermangelung das allgemeine bürgerliche Recht" anzuwenden seien. Diese Bestimmung enthält indessen keine Lösung, sondern eine Verschiebung des Problems. Denn es fragt sich jetzt darum, ob:

1. das AHG. Regeln über die Äusserungspflicht giebt,

2. ob durch das AHG. der alte Handelsbrauch aufgehoben ist.

Im AHG. findet sich — das muss zunächst betont werden — keine ausdrückliche Bestimmung, welche eine Antwortpflicht im Falle der Zusendung unbestellter Waren vorschreibt. Man könnte allerdings geneigt

---

[7]) Tauchnitz, N. F., Bd. XXII, S. 506; Bd. XIII, S. 246; Bd. XXV, S. 80 f.; Buschs A., Bd. I, S. 238.

[8]) Ehrlich (stillschweigende Willenserklärung S. 175) nimmt an, dass die Antwortpflicht sich als Berufspflicht der Kaufleute im Mittelalter entwickelt hat. Er sagt: „Die Mitglieder des Kaufmannsstandes hatten ein starkes Gefühl der Zusammengehörigkeit und begriffen leicht die soziale Pflicht eines jeden von ihnen, dem andern einen Dienst zu leisten, wenn es gilt, von demselben ohne besonderen Nachteil einen Schaden abzuwälzen. Die Antwortpflicht war auch eine dieser Verpflichtungen."

sein, die zahlreichen Fälle[9]), in denen das Gesetz dem Stillschweigen die Bedeutung der Genehmigung giebt, als Ausflüsse eines allgemeinen Prinzips hinzustellen. Das ROHG. hat sich indessen in vielen Entscheidungen[10]) selbst gegen analoge Anwendung dieser Bestimmungen ausgesprochen. Hahn[11]) bemerkt richtig, dass diese Bestimmungen „teils gesetzliche Fixierungen eines unzweifelhaften Handelsgebrauchs teils dem Gebiet der blossen Zweckmässigkeitsvorstellungen“ angehören und keineswegs blosse „Konsequenzen des allgemein gewollten und nur in bestimmten Richtungen ausgesprochenen Prinzips wären, dass überhaupt im Handelsverkehr das Stillschweigen auf Anfrage, Anzeige, Antrag schlechthin als Genehmigung zu gelten habe.“ Unterstützt wird unsere Auffassung noch durch die Erwägung, dass, wenn im AHG. der Satz: gui tacet, consentit begründet wäre, ein Widerspruch dazu im Art. 319 des AHG. zu finden wäre, insofern als der Antragsteller — im Gegensatz zu Art. 319 — gebunden sein müsste, wenn keine Erklärung einträfe. Hier ist indessen ausgesprochen, dass der Antragsteller nur bis zu einem gewissen Zeitpunkt gebunden sei, dass das Schweigen also den Vertrag nicht perfekt mache[12]).

---

[9]) Art. 323 Abs. 1, 339 Abs. 4, 347 Abs. 2—4, 364 Abs. 2, 7 Abs. 2, 56 Abs. 2, 96 Abs. 2.

[10]) ROHG. Bd. I, S. 79 fg., Bd. II, S. 89 fg., Bd. IV, S. 203 fg., Bd. V, S. 35 fg., Bd. XII, S. 5 fg.

[11]) Hahn, Kommentar, Bd. II, S. 217.

[12]) So Steinbrüchel in Buschs A., Bd. I, S. 354 fg.; Bd. II, S. 392. Anderer Meinung Winzer in der Zeitschrift für Rechtspflege u. Verwaltung, Bd. XXIV, S. 405; Wolff in Buschs A., Bd. XV, S. 313.

Wir glauben, hiermit den Beweis erbracht zu haben, dass das AHG. für den Empfänger eines unter Zusendung unbestellter Waren gestellten Angebots eine Äusserungspflicht nicht vorschreibt.

Es fragt sich weiter, ob nicht ein Handelsbrauch des Inhalts als feststehend angenommen werden kann, dass eine Antwortpflicht besteht, wenn nicht das Präjudiz der Genehmigung Platz greifen soll. Eine Anzahl von Entscheidungen der sächsischen Gerichte nahm als feststehenden Handelsbrauch an, dass ein Kaufmann, welchem ein anderer Kaufmann unter Beifügung einer Preisnote Waren zugesandt hat zu dem Zwecke, sie diesem zum Kauf anzubieten, verpflichtet sei, seinen etwaigen ablehnenden Standpunkt dem Offerenten mitzuteilen, sofern er nicht als in den proponierten Kauf zustimmend angesehen werden will. Man hat lebhaft darum gestritten, ob dieser Handelsbrauch durch die Einführung des AHG. beseitigt sei[13]. Die Kontroverse ist bedeutungslos geworden, seitdem das am 15. Febr. 1875 ergangene Erkenntnis[14] die Geltung des in Frage stehenden Handelsbrauchs geleugnet hat. Es komme, heisst es dort, bei Beantwortung der Frage, wie das Schweigen auszulegen sei, stets auf die konkreten Umstände des einzelnen Falles an.

Wir sehen also, dass auch während der Herrschaft des AHG. der gemeinrechtliche Satz herrschend

---

[13]) Vgl. Steinbrüchel und Winzer a. a. O.

[14]) ROHG. Bd. II, S. 24; Bd. XVI, S. 137. Ehrlich, stillschweigende Willenserkl. S. 171.

geblieben ist. Übrigens steht die gesamte Praxis auf diesem Standpunkt[15].

B. Das neue Recht.

Auch das NHG. — und ebenso das subsidiär geltende BGB. — haben keine Bestimmung über die Bedeutung des Stillschweigens gegeben. Demgemäss können wir auch nicht nach einer positiven Norm entscheiden, wann der Empfänger einer Warensendung die Verpflichtung hat, dieselbe zur Disposition zu stellen, um den Schluss auf Einwilligung in den angebotenen Vertrag zu verhindern.

Dass für die Beurteilung der Wirkung des Stillschweigens bei unbestellt zugesandten Waren § 377 des NHG. nicht herangezogen werden kann, ist einleuchtend. Fragt es sich bei der Zusendung unbestellter Waren doch gerade darum, ob ein Kaufvertrag zu stande gekommen ist, während § 377 den Abschluss eines solchen zur Voraussetzung hat. Auch die Entscheidungen[16] stimmen zum grössten Teil darin überein, dass § 377 (Art. 347 des AHG.) sich nur auf Waren beziehen kann, über welche ein Kaufvertrag zum Abschluss gekommen ist, nicht aber auf solche Zusendungen, welche nur als einseitige Offerten des Absenders zu gelten haben. Hierfür spricht deutlich die Fassung des Paragraphen, in welchem der Ab-

---

[15]) ROHG. Bd. I, Nr. 22; Bd. II, Nr. 19; Bd. III, Nr. 7, 24; Bd. V, Nr. 37; Bd. X, Nr. 41; Bd. XII, Nr. 32; Bd. XIV, Nr. 115; Bd. XV, Nr. 34; Bd. XVI, Nr. 13, 37.

[16]) Seuff. A., Bd. XXV, Nr. 264; Buschs A., Bd. IV, S. 370. Endemann, Handbuch, Bd. II, S. 680 fg. Assmann, S. 134.

sender als „Verkäufer", der Empfänger als „Käufer" bezeichnet wird.

Man hat vielfach den § 362 Abs. 1 und 2 des NHG. (Art. 323 des AHG.) für die Zusendung unbestellter Waren herangezogen und analog eine Antwortpflicht statuieren wollen[17]. Nach § 362 gilt bei einem Kaufmann, welcher von einem Dritten einen Antrag zu einer Geschäftsbesorgung[18] erhalten hat, die Unterlassung unverzüglicher Antwort als Einwilligung in den Antrag, sofern der Antragsempfänger entweder in Geschäftsverbindung mit dem Auftraggeber steht oder sich ihm gegenüber zur Ausführung derartiger Geschäftsbesorgungen erboten hat. Mit dem Antrag kann sich die Zusendung von (unbestellten) Waren verbinden, auf die sich die Ausführung der Geschäftsbesorgung bezieht. In diesem Fall ist eine Äusserungspflicht begründet, sofern die genannten Voraussetzungen gegeben sind. Eine Neigung, diese Vorschrift auch auf Warenumsatzgeschäfte anzuwenden — wenn also die Waren unter Stellung eines Kaufantrags übersandt werden — ist, wie gesagt, unverkennbar[19].

---

[17]) Vergl. darüber Hahn, Bd. II, S. 216 fg.; ROHG. Bd. I, S. 80 fg.; Bd. V, S. 35; Bd. XII, S. 6 und 7. Unrichtig: Buschs A., Bd. XIX, S. 153 fg.

[18]) Der dem § 362 des NHG. entsprechende Art. 323 des AHG. verwendet nicht den Ausdruck „Geschäftsbesorgung", spricht vielmehr von „Aufträgen". Diese terminologische Änderung beruht darauf, dass unter „Auftrag" vor Einführung des BGB. sowohl die unentgeltliche, wie die entgeltliche Besorgung von Geschäften fällt, während durch das BGB. die Unentgeltlichkeit Begriffsmerkmal des Auftrags geworden ist. Inhaltlich ist damit nichts geändert.

[19]) Gareis, St. z. D. S. 174 fg.

Gegen die Richtigkeit dieser Ansicht spricht vor allem die Entstehungsgeschichte der genannten Vorschrift, aus der mit aller Deutlichkeit hervorgeht, dass die Bestimmung nur für Geschäftsbesorgungen gelten soll[20]).

Der Satz, dass die Auslegung des Schweigens auf den in Form der Zusendung unbestellter Ware gestellten Kaufantrag als Zustimmung im HGB. keine Stütze findet, verliert seine uneingeschränkte Anerkennung durch eine positive Ausnahme. § 378 — eine Neueinführung des NHG. — besagt, dass die in § 377 aufgestellten Regeln — Pflicht zur Dispositionsstellung bei mangelhafter Ware — auch Anwendung finden sollen für den Fall, dass eine andere als die bestellte Ware oder eine andere als die bestellte Menge von Waren[21]) geliefert wird. Wir haben oben[22]) ausgeführt, dass die Lieferung eines aliud und die Sendung eines grösseren Quantums (sog. Mehrsendung) unter den Begriff der unbestellten Ware fällt. (Im Falle der Mehrsendung ist es für die Anwendung von § 378 gleichgültig, ob die gelieferte Ware teilbar ist oder nicht, d. h., ob das Plus abzusondern ist ohne Verminderung des Wertes der Teile oder nicht. Das Gesetz macht keinen Unterschied. Doch wird, wenn die Zuviellieferung unteilbar ist, die Anwendung der

---

[20]) Endemann, Handbuch, Bd. II, S. 572; Hahn, Bd. II, S. 217; Nürnberger Protokolle S. 582; ROHG. Bd. V, S. 170, Nr. 5; Bd. X, S. 188, Nr. 41; Bd. VII, S. 338. Ebenso Assmann S. 94.

[21]) Sofern der Quantitätsfehler wegen der Eigenartigkeit der Ware nicht schon einen Qualitätsfehler enthält, welcher Fall unter § 377 fallen würde.

[22]) § 3 dieser Arbeit.

genannten Bestimmung wegen Mangels der gleich unter 1. zu besprechenden Voraussetzung meistens scheitern).

Diese beiden Formen der Zusendung unbestellter Ware werden aber nur unter 2 Voraussetzungen nach den Regeln über bestellte, aber mangelhaft gelieferte Ware behandelt:

1. Der Verkäufer muss die Ware zum Zwecke der Erfüllung in der Abweichung von der bestellten übersandt haben. Dies geht aus der Fassung des § 378 mit Deutlichkeit hervor und zwar aus den Worten, „dass der Verkäufer die Genehmigung als ausgeschlossen betrachten musste". Wenn der Verkäufer mit dem Mehr oder dem aliud nicht erfüllen wollte, sondern zugleich mit der Erfüllung (bei teilbarer Zuviellieferung) oder ohne Rücksicht auf die Bestellung offerierte, so gelten die sonstigen Regeln über unbestellte Ware. Im Einzelfall wird es zuweilen schwierig sein, zu erkennen, ob in der Zusendung nur die Erfüllung des Vertrags oder die Stellung einer Offerte enthalten ist; besonders, wenn ein Begleitschreiben fehlt, aus dem die Intention des Absenders sich erkennen liesse. Wenn keine Umstände vorliegen, welche die Annahme, dass die gelieferte Ware solvendi causa zugesandt sei, gerechtfertigt erscheinen lassen, so muss m. A. nach zu Gunsten des Absenders angenommen werden, dass er erfüllen und nicht offerieren wollte.

2. Die Abweichung der gesandten von der bestellten Ware darf nicht so erheblich sein, dass der

Verkäufer die Genehmigung des Käufers als ausgeschlossen betrachten musste. Ob dies der Fall ist, ist nicht etwa vom Standpunkt des Absenders, sondern objektiv zu prüfen[23]. Es kann dem Käufer nicht zum Nachteil gereichen, wenn der Verkäufer bei Beurteilung der Frage, ob er auf eine Genehmigung des Käufers rechnen durfte oder sie als ausgeschlossen betrachten musste, von falschen Voraussetzungen ausging. Ebenso ist es gleichgültig, ob der Verkäufer thatsächlich nicht erwartet hat, dass der Käufer die Ware nicht genehmigen werde.

Natürlich müssen auch die Bedingungen erfüllt sein, unter denen das Gesetz eine Pflicht zur Dispositionsstellung bei mangelhafter Ware statuiert. Es muss namentlich ein beiderseitiges Handelsgeschäft zu Grunde liegen, d. h. beide Kontrahenten müssen Kaufleute im Sinne des Gesetzes sein, die Anzeige muss, um rechtlich gültig zu sein, sofort abgesandt werden, nachdem die der Ablieferung der Ware folgende unverzügliche Untersuchung die Lieferung eines aliud oder plus ergeben hat. War die Abweichung trotz ordnungsmässiger Untersuchung nicht sofort erkennbar, so muss die Anzeige unverzüglich nach der Entdeckung gemacht werden. Dagegen ist das Erfordernis eines Distanzkaufes nicht übernommen.

Abgesehen von diesem exceptionellen Fall begegnen wir im HG. keiner auf die Zustellung unbestellter Waren sich beziehender Bestimmung, welche dem Empfänger eine Erklärungspflicht auferlegt.

---

[23]) Denkschrift zum NHG. S. 225.

Die Entscheidung der Frage, ob und inwieweit eine derartige Pflicht besteht, sind wir daher dem BGB. zu entnehmen gezwungen. Darüber, ob das blosse Schweigen eine Annahme darstellt, enthält auch das BGB. keine Bestimmung. Die Kommission billigte die Ausführungen Gebhardt's, „dass es nicht geraten sei, aus Scheu vor einem oft trügerischen Erklärungsmittel einschränkende Vorschriften zu geben, die möglicherweise dem Einzelfall Gewalt anthun und dadurch mehr schaden als nützen könnten“ [24]).

Wie im römischen und gemeinen Recht kann auch nach dem BGB. niemand durch die Stellung eines Antrages von einem Dritten gezwungen werden, seine Einwilligung oder seine Ablehnung dem Antragsteller gegenüber zu erklären. Die Antragstellung giebt dem Antragsempfänger die Möglichkeit, den Vertrag zur Perfektion zu bringen, in die dargereichte Hand einzuschlagen; sie versetzt ihn nicht in die Zwangslage, seinen Ablehnungs- oder Annahmewillen dem Gegner kundzuthun. Daraus ergiebt sich mit Notwendigkeit, dass das Schweigen auf einen Vertragsantrag juristisch grundsätzlich ohne Relevanz ist. Es enthält keine Antwort, weder eine positive, noch eine negative. Es wäre daher unrichtig, wenn man behaupten wollte, dass das Nichtzustandekommen des Vertrags infolge der Nichterklärung des Antragsempfängers dem im Stillschweigen zum Ausdruck gekommenen Ablehnungswillen zuzuschreiben sei. Die Nichtperfektion beruht vielmehr auf dem Erlöschen

---

[24]) Gebhardt, Teilentwurf, Abschnitt II, Teil 2, § 10, S. 71. — Protokolle der 1. Kommission, S. 98.

des für eine begrenzte Zeit rechtsverbindlichen Antrags. Die grundsätzliche Auslegung des Schweigens erfährt keine Veränderung, wenn die Offerte durch Zusendung unbestellter Ware erfolgte.

Ist das Schweigen aber grundsätzlich bedeutungslos, so ist damit nicht ausgeschlossen, dass unter Umständen in dem Schweigen eine Willenserklärung und zwar eine Annahmeerklärung zu erblicken sei. Man kann hier die Frage aufwerfen, ob denn überhaupt Schweigen, einfaches Nichtsthun eine Willenserklärung, die doch anscheinend eine Thätigkeit des Erklärenden voraussetzt, darstellen kann[25]. Indessen beruht der Gedankengang, dass Erklärung eine Handlung sei, eine Nichthandlung also keine Erklärung sein könne, auf einem Verkennen des Wesens der Willenserklärung. Sieht man eine Erklärung in jedem Verhalten des Erklärenden, durch das er seinen Zweck, im Erklärungsempfänger eine gewisse Vorstellung hervorzurufen, zu erreichen sucht, so fällt jede Besonderheit des Schweigens weg. Wie der Erklärungsempfänger bei der ausdrücklichen Erklärung aus den Worten, bei der Erklärung durch konkludente Handlungen aus den Handlungen des Erklärenden seinen Schluss zieht, so zieht er ihn bei der Erklärung durch Schweigen aus dem Verhalten des Schweigenden[26]. Das Schweigen kann also auf dem ganzen Rechtsgebiet als Erklärung auftreten.

---

[25]) Hartmann im Archiv für civilistische Praxis, Bd. 72, S. 220. Zitelmann, Irrtum und Rechtsgeschäft, S. 260.

[26]) Ehrlich, a. a. O., S. 54. Hartmann, a. a. O., S. 221. Endemann, Handbuch, Bd. II, S. 449. Isay, Die Willenserklärung, S. 8, 62.

Eine andere Fage ist es, wann man das Schweigen als schlüssig für den Geschäftswillen ansehen darf. Wir haben festgestellt, dass das Schweigen auf einen Antrag regelmässig kein schlüssiges Faktum ist. Ich sage regelmässig, denn die absolute Durchführung dieser Regel würde mit der Auslegungsvorschrift über Willenserklärungen im BGB.[27]) und, was besonders für uns von Wichtigkeit ist, mit der in § 346 (Art. 279 des AHG.) vorgeschriebenen Beurteilung der Handlungen und Unterlassungen von Kaufleuten nach den im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuchen unvereinbar sein. Wir können in Anlehnung an die Entscheidungen ROHG. auch für das BGB. und das NHG., die ja im Vertragsrecht die Grundsätze des alten Handelsrechts grösstenteils übernommen haben, als Grundsatz aufstellen, dass im Stillschweigen auf einen Antrag dann eine Annahme gesehen werden muss, wenn das Schweigen ohne die Absicht der Annahme gegen Treu und Glauben verstossen würde[28]). Regelsberger[29]) giebt uns eine treffliche Formulierung, indem er sagt, dass das Schweigen als Genehmigung zu deuten sei, „wo Nichtantworten, ungeachtet des Entschlusses, auf den Antrag nicht einzugehen, eine Verletzung der im Verkehr herrschenden Redlichkeit enthalten würde“.

---

[27]) BGB. § 157.

[28]) Seuff. A., Bd. XII, S. 137: „Überall, wo in Theorie und Rechtsprechung dem Stillschweigen rechtserzeugende Kraft beigelegt wird, ist stets vorausgesetzt, dass nach den begleitenden Umständen bei der gegenteiligen Annahme eine Verletzung von Treu und Glauben auf Seiten des Verpflichteten sich ergiebt“.

[29]) Endemann, Handbuch, Bd. II, S. 446—52.

Man darf aber nicht ausser Acht lassen, dass diese Regel für die handelsrechtlichen Verhältnisse eine ganz andere Bedeutung hat, als für die — wenn ich den Ausdruck gebrauchen darf — bürgerlichen Verhältnisse, da die bona fides im Handelsverkehr eine ganz andere Tragweite und Ausdehnung hat. Das kaufmännische Leben und der Geschäftsverkehr beruht eben mehr als alles andere auf dem Vertrauen auf die Ehrlichkeit und den guten Glauben der Rechtsgenossen, dem Fundament allen Handelsverkehrs. Und wenn Ehrlich[30]) sagt: „Die Geschäftsverbindung erzeugt noch heute immerhin ein gewisses soziales Band, welches als genügend erachtet wird, um nicht bloss zu Unterlassungen, sondern auch zu Handlungen zu verpflichten", so liegt in diesen Worten nichts anderes als eine Anerkennung der gesteigerten Bedeutung der bona fides im Handelsverkehr. Dass im Verkehr zwischen zwei Kaufleuten ein anderer Massstab angelegt werden muss, wie im Verkehr zwischen Nichtkaufleuten, ergiebt sich aus den besonderen verkehrsrechtlichen Anschauungen des Handelsstandes, ein Gedanke, dem ja auch im Gesetz (§ 346 des NHG.) Ausdruck gegeben ist. Ein Kaufmann verlangt und darf auch von einem anderen Kaufmann oft eine Wahrnehmung seiner Interessen, ein Thätigwerden für ihn verlangen.

Auf Grund dieser Erwägungen könnte man daher leicht geneigt sein, für den Handelsverkehr im Gegensatz zum bürgerlichen Verkehr als Regel die Herr-

---

[30]) Ehrlich, a. a. O., S. 180.

schaft des Satzes: qui tacet consentit aufzustellen, in dem Gedanken, dass die Unterlassung einer Antwort auf eine Offerte, besonders, wenn diese unter Zusendung von unbestellter Ware erfolgt[31]), wo doch Güter eines andern auf dem Spiele stehen, einen Verstoss gegen Treu und Glauben involviere. Unterstützt wird diese Erwägung durch die Thatsache, dass es kaufmännischer Brauch ist, dass im Geschäftsverkehr unter Kaufleuten auf Mitteilungen, Anfragen, Offerten eine alsbaldige Erklärung erfolgt[32]).

Indessen, wenn man auch zugestehen muss, dass die durch die bona fides dem Kaufmann auferlegten Pflichten einen grösseren Raum einnehmen, so dürfen wir doch nicht so weit gehen, den Satz qui tacet consentit uneingeschränkt gelten zu lassen. Die Anerkennung dieser Regel würde eine zu grosse Rücksichtnahme für den Antragsteller und oft mit solchen Härten für den Oblaten verknüpft sein (man kann sich ja die Zahl der täglich einlaufenden Offerten beliebig hoch denken), dass man sie in dieser Allgemeinheit nicht verteidigen kann. Wenn Wolff[33]) daher meint, dass schlechthin im Verkehr zwischen Kaufleuten eine Antwortpflicht besteht, so ist er ebenso im Irrtum wie eine Entscheidung des OAG. Dresden[34]), die zu dem Resultat kommt, dass „der Handelsverkehr ausserordentlich gehemmt und gefährdet erscheint,

---

[31]) Endemann, Handelsrecht, S. 426; Hauser in GZ., Bd. XII, S. 101.

[32]) Vgl. ROHG, Bd. I, S. 81.

[33]) Wolff in Buschs A., Bd. XV, S. 315 fg.

[34]) Seuff. A., Bd. XIII, S. 218.

wenn es ganz ins Belieben des Empfängers gestellt wäre, ob und wann er den Absender über seine Absicht aufklären wollte; es wäre dies ganz gegen die kaufmännische Ordnung".

Wir erhalten damit auch für den Handelsverkehr als Resultat die Bestätigung unseres Ausgangssatzes, dass niemand gezwungen ist sich auf einen Antrag zu erklären, dass die prinzipielle Auslegung des Schweigens als Zustimmung abzulehnen ist, dass vielmehr nur dann diese Deutung zulässig ist, wenn eine andere Annahme einen Verstoss gegen Treu und Glauben involviert. Wann aber diese Auslegung — mit Rücksicht auf die bona fides — gerechtfertigt erscheint, darauf ist eine einheitliche Antwort nicht zu geben. Das hängt von der Beschaffenheit des konkreten Falles ab, von den begleitenden Umständen, von der Gestaltung der gesamten Lage, kurz gesagt, das ist quaestio facti.

C. Spezielle Fälle.

Es ist in der Litteratur an der Hand der Judikatur der Versuch gemacht worden, einige leitende Gesichtspunkte aufzustellen, einige allgemeine Voraussetzungen anzuführen, bei deren Vorhandensein dem Schweigen die Bedeutung der Zustimmung beigemessen werden soll. Wir werden uns davon überzeugen, dass diese Versuche grösstenteils als gescheitert anzusehen sind.

I. Wenn der Offerent und der Oblat mit einander in Geschäftsverbindung stehen und ersterer an

seinen Geschäftsfreund eine Offerte unter Zusendung von Waren richtet, so hat der Antragsempfänger, sofern er bisher die Praxis befolgte, den Kaufpreis unbeanstandet zu bezahlen, die Pflicht, seinen Ablehnungswillen dem Offerenten bei sonstigem Präjudiz der Genehmigung kundzuthun. Der Oblat kann nicht ohne Grund von den bisherigen Gepflogenheiten abweichen, ohne einen Verstoss gegen die bona fides zu begehen. Streitig ist, ob eine Geschäftsverbindung als solche genügt, oder ob nur dann Stillschweigen als Annahme gelten darf, wenn es unter den Parteien üblich war, alle oder die unter Zusendung von Waren gestellten Offerten stillschweigend anzunehmen. So Hanausek[35]). Gareis dagegen meint, dass selbst dann, wenn bisher die Annahmeerklärung des Oblaten ausdrücklich zu erfolgen pflegte, das Schweigen als Zustimmung erachtet werden muss „wenn es sich um die gewöhnlichen, völlig in dem Kreis der bisherigen Geschäftsverbindung liegenden Bestellungen handelt“[36]). Ich kann die letztere Ansicht nicht billigen, meine vielmehr, dass dann, wenn der Oblat die Gepflogenheit hatte, auf derartige Offerten sich ausdrücklich zu erklären, die Unterlassung dieser ausdrücklichen Erklärung geradezu als Ablehnung gedeutet werden müsste.

Damit eine Geschäftsverbindung vorliegt, ist erforderlich, dass die Parteien bereits eine Anzahl von Rechtsgeschäften mit einander abgeschlossen haben.

---

[35]) Hanausek, Haftung, Bd. I, S. 221.

[36]) Endemann, Handbuch, Bd. II, S. 572.

Aus der Thatsache, dass jemand einmal Hopfen von einem andern gekauft hat, ergiebt sich noch keine Geschäftsverbindung[37]. Geschäftsverbindung möchte ich daher definieren als diejenige Beziehung zweier Kaufleute zu einander, die darin besteht, dass sie wiederholt in ihren Betrieb fallende Geschäfte mit einander abgeschlossen haben.

Wir haben bereits ausgeführt, dass eine analoge Anwendung des § 362 des NHG., der ja von Geschäftsbesorgung handelt, auf Warenumsatzgeschäfte ausgeschlossen ist. Es wäre indessen falsch, dieser Bestimmung eine derartige Bedeutung zukommen zu lassen, dass man eine gleiche Entscheidung wie hier für den Fall eines Antrags zu andern, als den unter § 362 fallenden Geschäften für unzulässig hält, als ob die Geschäftsverbindung nur für diesen singulären Fall handelsrechtliche Wirkung hätte. Die Bedeutung der Geschäftsverbindung für andere Fälle als die des § 362 wird von diesem Paragraphen in keiner Weise berührt.

II. Vielfach hat man eine Erklärungspflicht für denjenigen aufgestellt, der eine unbestellte Sendung erhalten hat und aus der Art oder Motivierung der Sendung vermuten oder wissen konnte, dass die Zusendung an ihn infolge eines Irrtums erfolgt sei. So haben Wolff[38] und das OAG. Dresden[39] im Falle irrtümlicher Zusendung eine Pflicht zur Dispositions-

---

37) Buschs A., Bd. XIII, S. 288; GZ., Bd. XXIII, S. 525.

38) Wolff in Buschs A., Bd. XV, S. 310.

39) Löhr, CO. N. F., Bd. II, S. 209.

stellung bei dem Rechtsnachteil der Genehmigung anerkannt. Auch Gareis[40]) vertritt diese Auffassung, freilich nur für den Fall, dass der Empfänger Kaufmann ist. Dem gegenüber macht Hanausek[41]) geltend, dass der Empfänger im allgemeinen nicht verpflichtet sei, den Absender auf seinen Irrtum aufmerksam zu machen, und das mit Recht. Das hiesse denn doch — meine ich — die Rücksicht auf die bona fides zu weit ausdehnen, wollte man hier dem Empfänger, mag er nun Kaufmann sein oder nicht, eine Antwortpflicht auferlegen, besonders, wenn er mit dem Absender in keinerlei kontraktlichen Beziehungen steht und der Irrtum womöglich durch kulposes Verhalten des Absenders veranlasst ist[42]). Auch die Erwägung, dass regelmässig eine ganz geringe Mühe des Empfängers den Absender vor einem unverhältnismässig grossen Schaden bewahren und der Empfänger etwaige Auslagen vom Absender ersetzt verlangen kann, halte ich nicht für ausreichend, um eine Erklärungspflicht für begründet zu erachten. Die Rücksicht auf die geringe Mühe und Kosten — deren Ersatz ausserdem in vielen Fällen zweifelhaft sein kann — mag eine Anstandspflicht[43]) zur Erklärung wohl begründen, und im allgemeinen wird der Kaufmann derselben wohl auch

---

[40]) Gareis, St. z. D., S. 178; Endemann, Handbuch, Bd. II, S. 573.

[41]) Hanausek, Haftung, Bd. I, S. 223.

[42]) Hanausek, a. a. O., S. 244. Derselben Meinung Assmann, S. 142.

[43]) Diese Anstandspflicht wird einer Rechtspflicht da sehr nahe kommen, wo der Destinatär durch eine vor der Absendung der Waren bei ihm eingetroffenen Faktura oder Mitteilung von dem Irrtum erfährt

Rechnung tragen, Schaden darf ihm aber die Versäumnis nicht bringen.

Richtig ist, wenn Hanausek[44]) eine Pflicht zur Dispositionsstellung für den Fall verlangt, dass die irrtümliche Zusendung auf der Thatsache beruht, dass der Absender mit einem vermeintlichen Bevollmächtigten des Empfängers einen Vertrag abgeschlossen hatte, obwohl dieser zu solchen Geschäftsabschlüssen garnicht bevollmächtigt war. Hier gebietet die bona fides zweifellos eine Benachrichtigung des Absenders, wenn nicht das Schweigen zum Nachteil des Adressaten ausgelegt werden soll. Jeder Empfänger wird hier für die kulpose Handlung seines Angestellten einstehen müssen.

Für die Fälle, dass der Absender die Waren irrtümlich für bestellt hält oder dass durch ein Versehen des Absenders oder der mit der Zusendung betrauten Person oder Transportanstalt die Ware irrtümlich an die Adresse des Empfängers gekommen ist, will Hanausek[45]) grundsätzlich die Anzeigepflicht ablehnen. Im Gegensatz zu dieser Ansicht möchte ich jedenfalls da eine Antwortpflicht annehmen, wo die Ware zur Erfüllung eines vermeintlichen Kaufvertrags zugesandt wurde, dieser Irrtum aber auf einem durch die vorher geführte Korrespondenz hervorgerufenen Missverständnis beruhte.

---

und durch rechtzeitige Gegennachricht die Absendung der Waren hätte verhindern können.

[44]) Hanausek, Haftung a. a. O.

[45]) Hanausek, Haftung a. a. O.

Wir sehen, dass diese „Irrtumsfälle“ sich nicht alle nach einer Regel beurteilen lassen. Ebenso verkehrt wie die von Gareis vertretene Generalisierung, dass in allen Fällen eine Anzeigepflicht bestände, halten wir die von Hanausek gewünschte Beschränkung auf einen Spezialfall. Im allgemeinen wird man sagen müssen, dass gerade hier die Entscheidung von der Würdigung des einzelnen Falles, von der Berücksichtigung der begleitenden Umstände abhängen wird, wobei auch die unter I. behandelte Geschäftsverbindung eine nicht unwichtige Rolle spielt[46].

III. Es ist ferner behauptet worden, dass, wenn die Zusendung unbestellter Waren unter Verhältnissen geschieht, die, wie der Empfänger weiss, in dem Antragsteller die Überzeugung hervorrufen müssen, dem Empfänger würden die Waren wegen der Vorteilhaftigkeit des Angebots, oder weil er sich in einer Zwangslage befindet, sehr erwünscht sein, der Satz: qui tacet consentit Geltung haben sollte[47]. Gareis führt als Beispiel an, dass einem Tuchlieferanten, der eine grosse Anzahl von Kaufverträgen zu erfüllen hat, kurz vor dem Lieferungstermin sein Lager abbrennt und ihm nun von dritter Seite Tuch gesandt wird, damit er seinen Verpflichtungen nachkommen könnte. Auch dieser Satz wird sich in der von Gareis ge-

---

[46]) Der Absender hat im Falle irrtümlicher Zusendung natürlich ein Anfechtungsrecht. BGB. §§ 119—121. Über die Folgen siehe BGB. §§ 122 u. 142.

[47]) Gareis, St. z. D., S. 176. Klemm, S. 53. Endemann, Handbuch, Bd. II, S. 573.

wünschten Allgemeinheit nicht bewähren. Er hat Anspruch auf Anerkennung, insofern der Offerent in reiner Liberalitätsabsicht die Waren ihm zusendet[48]), nicht aber, wenn es sich um ein oneroses Geschäft handelt, mag das Angebot auch noch so günstig sein und gelegen kommen[49]). Um bei dem von Gareis angeführten Beispiel zu bleiben, so würde ich darin keinen Verstoss gegen Treu und Glauben erblicken können, dass der Empfänger auf Angebote nicht reagiert, die ihm von Tuchfabrikanten zugehen, mit denen er vielleicht wegen der schlechten Erfahrungen, die er früher mit ihnen gemacht hat, jede geschäftliche Verbindung abgebrochen hatte. Ausserdem kann die Massenhaftigkeit der nach Bekanntwerden des Brandes einlaufenden Offerten die Lage des Oblaten eher verschlechtern als die Voraussetzung, von der die Offerenten ausgegangen sind, erfüllen, dass dem Interesse des Empfängers gedient werde. Doch kann auch hier bei besonderer Gestaltung des Einzelfalles die bona fides ihm eine Anwortpflicht auferlegen, z. B. in folgendem Fall: A hatte sich an B gewandt und ihn um kaufsweise Überlassung einiger Warenartikel, deren er dringend bedurfte, ersucht. B, der glaubte, die Waren nicht vorrätig zu haben, lehnte ab, entdeckte aber unmittelbar darauf, dass sich die geforderten Artikel bei ihm vorfanden, und sendet sie unverzüglich dem A. Hier, meine ich, kann man mit Rücksicht auf die bona fides verlangen, dass der Empfänger seinen Ab-

---

[48]) Vergl. BGB. § 516 Abs. 2.

[49]) Hanausek, Haftung, Bd. I, S. 222. Ebenso Assmann, S. 145.

lehnungswillen kundgiebt, sofern er sein Verhalten nicht der Deutung der Zustimmung aussetzen will.

IV. Es mögen hier noch eine Anzahl weiterer Fälle Erwähnung finden, die sich allerdings nicht unter einem Gesichtspunkt zusammenfassen lassen, die aber von uns erörtert werden müssen, weil die Auslegung des Schweigens hier vielfach bestritten ist. Wenn der Oblat einen Teil der unbestellt zugeschickten Waren kaufen zu wollen erklärt, erscheint hier das Stillschweigen bezüglich der übrigen Ware als Ablehnung? Die Bejahung dieser Frage dürfte wohl kaum auf Widerstand stossen.

Wie ist aber zu entscheiden, wenn der Zusendung unbestellter Waren eine ausdrückliche Ablehnung eines Teiles dieser Ware gefolgt ist? Sollte dies Verhalten den Schluss rechtfertigen, dass der übrige Teil der Ware als angenommen zu erachten sei[50], oder sollte Gareis Recht haben, wenn er sagt, dass die Ablehnung des einen Teils nicht notwendig „ja nicht einmal mit einiger Wahrscheinlichkeit die sofortige Annahme des übrigen Teils enthielte“[51]. Ich halte es für unrichtig, für diesen Fall eine prinzipielle Entscheidung geben zu wollen[52]. Es kann die Ablehnung eines Teiles der Ware den Schluss auf Zustimmung unter Umständen rechtfertigen, in andern Fällen dagegen ausschliessen. Regelmässig wird sich die von Wolff und Gareis vertretene Ansicht als richtig be-

---

[50]) Endemann, Handbuch, Bd. II S. 573.

[51]) Gareis, St. z. D., S. 176. Wolff, a. a. O., S. 318.

[52]) Ebenso Assmann, S. 54.

währen; es werden z. B. einem Studenten von einem Lederhändler 3 Kollegienmappen zum Kauf gesendet, er schickt 2 zurück; oder es werden mir 3 Kisten Cigarren überbracht, ich sende eine zurück. Das Beispiel, welches Wolff zum Beweise dieser Ansicht wählt, scheint mir indessen für das Gegenteil zu sprechen. Wenn mir heute ein Buchhändler, sei es auf meinen ausdrücklichen Wunsch, sei es aus eigenem Entschluss, Bücher sendet, so hat die Rücksendung eines Teiles dieser Bücher nach meinem Dafürhalten nicht die Bedeutung der Annahme hinsichtlich der übrigen. Geschieht doch die Rücksendung meistens im Interesse des Buchhändlers, damit dieser über die Bücher anderweitig disponieren kann. Diese Gefälligkeit, die der Oblat dadurch dem Offerenten erweist, zu seinem Nachteil auslegen zu wollen, entspricht nicht der Billigkeit[53]). Wenn man den Einwand erheben sollte, dass bei der Rücksendung eines Teiles der Bücher ein Vorbehalt hinsichtlich der zurückbehaltenen hätte gemacht werden können, der alle Zweifel über das rechtliche Schicksal dieser Bücher beseitigt hätte, so ist darauf zu erwidern, dass der Mangel eines derartigen Vorbehalts das Schicksal der zurückbehaltenen Bücher eben zweifelhaft lässt, nicht aber die Annahme der Bücher in sich schliesst.

Richtig ist endlich eine Entscheidung des ROHG[54]), in der, wenn einem Kaufmann bestellte und unbestellte Waren zusammen zugesandt wurden, in der Ablehnung

---

[53]) Gareis, St. z. D. S. 175.

[54]) ROHG. Bd. XVI, S. 40.

eines Teiles der unbestellten Waren die Annahme der übrigen gefunden wurde.

Aus den obigen (I—III) Erörterungen ergiebt sich, dass die Versuche, bestimmte Gesichtspunkte für die Fälle zu entwickeln, in denen das Stillschweigen Annahme bedeutet, als misslungen zu betrachten sind. Es sei daher nochmals betont, dass es in jeden einzelnen Fall auf die Würdigung der gesamten Sachlage ankommt, um eine richtige Entscheidung dafür zu gewinnen, welche Auslegung des Schweigens die bona fides gebietet.

Auf Grund der bisherigen Auseinandersetzungen gewinnen wir folgende Regeln:

Eine Pflicht zur Dispositionsstellung unbestellter Waren (d. h. Erklärung der Nichtannahme) besteht:

1. wenn auf Grund eines vorhergegangenen Kaufvertrags eine andere als die bestellte oder eine andere als die bestellte Menge von Waren geliefert wird, sofern die Übersendung solvendi causa geschieht und die Abweichung nicht so erheblich ist, dass der Verkäufer die Genehmigung für ausgeschlossen erachten muss.

2. wenn der Empfänger in denjenigen Fällen, in denen das Stillschweigen als Genehmigung des Antrags zu deuten ist, diese Deutung verhindern will[55]).

[55]) Gareis in Endemanns Handbuch, Bd. II, S. 681 formuliert negativ: „Die Unterlassung der Dispositionsstellung unbestellter Waren bewirkt den Abschluss des Kaufvertrags in denjenigen Fällen, in denen das Stillschweigen als Genehmigung zu deuten ist“.

§ 8.

III. **Rechtswirkungen aus dem abgeschlossenen Kauf.**

Mit dem Moment, wo der Adressat ausdrücklich oder stillschweigend die Annahme der Kaufofferte erklärt hat, treten alle Wirkungen ein, welche der Abschluss eines Kaufvertrags nach sich zieht. Empfänger übernimmt die Verpflichtungen des Käufers, Absender die des Verkäufers. Jener ist vor allem zur Zahlung des Kaufpreises verpflichtet, dieser, der seiner Erfüllungspflicht bereits nachgekommen ist, haftet für die Mängel im Recht und Mängel der Sache, insbesondere dafür, dass die Ware die — etwa in dem Begleitschreiben — zugesicherten Eigenschaften hat. Diejenigen Mängel, welche der Käufer bei der Annahme des Kaufvertrags[1]) kennt oder sich bei der sofort vorzunehmenden Untersuchung[2]) — wenn der Vertrag ein beiderseitiges Handelsgeschäft ist — herausstellen, müssen als genehmigt gelten. Dagegen kann der Käufer verborgene Mängel auch später geltend machen, sofern (bei beiderseitigem Handelsgeschäft) der Pflicht sofortiger Anzeige genügt ist. Die sich daraus ergebenden Ansprüche des Käufers verjähren in 6 Monaten[3]). Der Beginn dieser Frist fällt nicht in den Zeitpunkt der Ablieferung[4]). (BGB. § 477 spricht von Ablieferung.) Dieser Zeitpunkt ist nur massgebend für diejenigen

---

[1]) Nicht ist etwa massgebend der Zeitpunkt der Ablieferung der Ware. BGB. § 460.

[2]) HG. § 377.

[3]) BGB. § 477.

[4]) Ebenso Assmann, S. 85.

Fälle, in denen der Konsens der Ablieferung vorangeht, oder beide Akte zeitlich zusammenfallen. Aus § 477 ergiebt sich aber der Satz, dass der Lauf der Frist keineswegs vor dem Konsens beginnt. Mit Rücksicht hierauf müssen wir bei der Berechnung der Verjährungsfrist den Zeitpunkt als Anfangstermin zu Grunde legen, in welchem die Annahme des Antrags, nicht den, in welchem die Ablieferung der Ware erfolgt.

Was den Übergang der Gefahr in Bezug auf die Kaufsache anbetrifft, so erfolgt derselbe natürlich nicht schon mit der Absendung der Ware, auch nicht mit dem Empfang durch den Adressaten, vielmehr erst mit der Annahme des Kaufantrags[5]). Die §§ 446 und 447 BGB. sind nicht anwendbar, weil sie einen perfekten Kauf zur Voraussetzung haben, in unserm Falle aber „der Übergabe" resp. „Absendung" der Ware kein Kauf zu Grunde liegt.

Da der Käufer mit der Annahme des Vertragsantrags zugleich die Leistung des Käufers als Erfüllung annimmt, so trifft ihn die Beweislast, wenn er die Leistung deshalb nicht als Erfüllung gelten lassen will, weil sie eine andere als die geschuldete oder weil sie unvollständig gewesen sei[6]). Dieser Satz wird, worauf Assmann[7]) aufmerksam macht, Bedeutung gewinnen, wenn der Absender die Waren genau beschrieben und bestimmte Zusicherungen im Antrage gemacht hatte.

---

5) Ebenso Assmann, S. 81.
6) BGB. § 363.
7) Assmann, S. 80.

An dieser Stelle mag die Streitfrage ihre Erörterung finden, ob die unter Zusendung unbestellter Ware gestellte Offerte nur die Abschliessung eines Species- oder auch die eines Genuskaufes herbeiführen kann. Gareis[8]) will grundsätzlich nur den Abschluss eines Specieskaufes anerkennen, Hanausek[9]) will eine Regel überhaupt nicht aufstellen und bringt gegen die Gareis'sche Ansicht 2 gewichtige Einwände vor. Bevor wir darauf näher eingehen, wollen wir den Unterschied zwischen Species- und Genuskauf kurz charakterisieren. Derselbe besteht darin, dass bei ersterem eine genau bestimmte, von Sachen gleicher Art ausgeschiedene, individualisierte Ware vom Käufer ins Auge gefasst wird, während beim Genuskauf die Vereinbarung auf eine Ware nach Massgabe bestimmter Eigenschaften gerichtet ist, ohne Rücksicht auf ein Sachindividuum, wobei es dem Verkäufer obliegt, aus der Summe der Waren, welche die geforderten Eigenschaften aufweisen, eine oder mehrere herauszugreifen, zwecks Erfüllung des Vertrags zu individualisieren.

Gareis stützt seine Ansicht nun darauf, dass bei der Übersendung der unbestellten Ware diese aus einer der gleichen Gattung angehörenden Warenmenge herausgenommen, spezialisiert sei. Diese individuell bestimmte Sache oder Sachen bilden den Gegenstand der Offerte und des Vertragsabschlusses. Hiergegen macht Hanausek geltend:

---

[8]) Gareis, St. z. D., S. 10, 84, 16. Ebenso Assmann, S. 47, ohne sich auf die Erörterung der Streitfrage einzulassen.

[9]) Hanausek, Haftung, Bd. I, S. 218.

1. Es ist nicht immer notwendig, dass die unbestellt zugesandte Ware stets individualisiert sei, so, wenn bestellte und unbestellte Ware eiusdem generis zugesandt sind. In diesem Fall käme ein Genuskauf zu stande. Dieser Ansicht können wir nicht beipflichten. Denn kommt der Kauf über das unbestellte Plus zu stande[10], so ist dies doch der Kauf einer Ware, welche vor dem Abschluss bereits aus dem genus ausgeschieden war, also zu einer Speciessache geworden war. Diesen Charakter kann sie m. E. nicht dadurch verlieren, dass sie in Begleitung einer andern Speciessendung — freilich eiusdem generis — übersandt wird. Hätte der Absender äusserlich eine Scheidung zwischen dem bestellten und dem unbestellten Teil vorgenommen, so wäre es ohne weiteres einleuchtend, dass es sich um 2 Speciessendungen handelt, eine bestellte solvendi causa, eine unbestellte offerendi causa. Ist die Scheidung unterlassen, so besteht die ganze Sendung nichtsdestoweniger aus 2 Speciessendungen, die nur durch einen Zufall gewissermassen ununterscheidbar geworden sind.

2. Hanausek meint ferner, dass selbst dann, wenn die unbestellt zugesandte Ware bereits individualisiert sei, ein Genuskauf zu stande kommen kann und zwar in der Weise, dass der Absender die Offerte stellt, der Empfänger möge so und so viel Waren der übersandten Qualität (nicht gerade die zugeschickten species als solche) kaufen und zu gleicher Zeit solvendi

[10]) Selbstverständlich handelt es sich hier nur um juristisch teilbare Sachen.

causa die entsprechende Quantität absendet. Indessen können wir auch dies nicht billigen. Es ist freilich möglich, dass die Intentionen der Parteien auf den Abschluss eines in diesem Sinne gemeinten Kaufvertrags gerichtet sind. Fehlt es aber an einer ausdrücklichen Bestimmung oder an Umständen, welche diese Intentionen der Parteien erkennen lassen, so ist der Gegenstand des Kaufvertrags immer nur gerade die vor der Annahme des Antrags spezialisierte Sache. Es wird daher auch hier regelmässig kein Genuskauf zu stande kommen.

Wenn Gareis[11]) die von ihm richtig aufgestellte Regel für den Fall nicht gelten lassen will, dass der Oblat die der Zusendung unbestellter Waren vorausgegangene Anzeige stillschweigend acceptiert, so entgegnet ihm Hanausek[12]) mit Recht, dass dies unrichtig sei. Denn entweder hat der Empfänger die Offerte vor der Absendung der Ware angenommen, dann läge überhaupt kein Fall der Zusendung unbestellter Ware vor, oder die Annahme erfolgt erst nach der Absendung der Waren, dann sei dieser Fall ebenso zu behandeln wie der, in welchem Ware und Offerte gleichzeitig beim Oblaten eingetroffen sind. —

Mit wenigen Worten möchte ich endlich auf die Bedeutung der Faktura bei unbestellter Ware eingehen. Ist eine Faktura, d. h. ein Begleitschreiben, welches die näheren Bedingungen des Vertrags, An-

---

[11]) Gareis, St. z. D., S. 16 fg.

[12]) Hanausek, Haftung, Bd. I, S. 218, Anm. 5.

gaben über Qualität, Quantität, Zahlungsmodalitäten und sonstige Klauseln enthält, der unbestellten Ware beigefügt, so bewirkt die Annahme der Offerte, dass der Inhalt der Faktura gebilligt ist, also lex contractus wird. Der Käufer kann, wenn der Kauf zu stande gekommen ist, die Anerkennung der in der Faktura enthaltenen Modalitäten nicht verweigern[13]).

Welche Rechtsfolgen knüpfen sich aber an die Übersendung einer Faktura, sofern dieselbe über bestellte und unbestellte Ware, welch letztere neben der bestellten übersandt wurde, ausgestellt ist? Hier hat die Faktura „rücksichtlich eines bezüglich der bestellten Ware geltend gemachten Anspruchs die Bedeutng einer mit bestellter Ware zugesandten Faktura, rücksichtlich eines bezüglich der unbestellten Ware erhobenen Anspruchs aber die Bedeutung einer Offerte“[14]). Der Empfänger hat also den für das Plus in der Faktura geforderten Preis nicht zu zahlen, wenn die Annahme hinsichtlich dieses Teiles nicht ausdrücklich oder stillschweigend erklärt worden ist. Durch die schrankenlose Annahme der in der Faktura über unbestellte Ware liegenden Offerte ist aber zugleich der ganze Faktureninhalt auch hinsichtlich der bestellten Ware anerkannt. Will der Empfänger das vermeiden, so ist er verpflichtet, sich rechtzeitig dagegen zu erklären.

---

[13]) Hanausek, Faktura und Faktklauseln, S. 144.

[14]) Hanausek, Faktura und Faktklauseln, S. 149, 150.

§ 9.

B. Das Recht der Abnahmeverweigerung und die Abnahmepflicht.

Wir sind bisher immer von der Voraussetzung ausgegangen, dass der Adressat der Warensendung dieselbe abgenommen und in seinen Geschäftsräumen untergebracht hatte. Es ist jetzt unsere Aufgabe, die Frage zu erörtern, ob und unter welchen Bedingungen eine Pflicht besteht, die Ware abzunehmen[1]), oder ob nicht vielmehr der Adressat berechtigt ist, die Abnahme schlankweg zu verweigern.

Wir haben schon oben darauf hingewiesen, dass grundsätzlich ein einseitiges Vorgehen niemanden juristisch zu einer Willensäusserung, zu einer Thätigkeit zwingen kann. Hierauf gestützt können wir als Regel den Satz aufstellen, dass die Zusendung unbestellter Waren den Adressaten nicht verpflichtet, die Waren abzunehmen[2]). Eine Abnahmepflicht besteht folgerecht nicht einmal dann, wenn es sich um Waren handelt, welche durch die Verweigerung der Abnahme dem Verderb preisgegeben werden. Der Absender muss sich eben dessen bewusst sein, dass er durch die Zusendung ein gewisses Risiko auf sich nimmt; er muss

---

[1]) Wir beziehen den Ausdruck „Annahme“ immer auf den Antrag, den Ausdruck „Abnahme“ auf die Übernahme der Waare durch den Adressaten von dem Überbringer.

[2]) Regelsberger, Civilistische Erörterungen I, S. 60; Endemann, Handelsrecht, S. 459; Hanausek, Haftung, Bd. I, S. 235; Thöl, Handelsrecht, Bd. I, § 237, No. 3; ROHG. Bd. III, S. 43; Assmann, S. 90 fg.

von vornherein damit rechnen, dass er durch sein eigenmächtiges Vorgehen die Waren aufs Spiel setzt und Kosten riskiert[3]. Andererseits kann man dem Adressaten nicht zumuten, für den Absender thätig zu werden, um vielleicht später mit seinen Ansprüchen auf Ersatz von Auslagen nicht befriedigt zu werden. Weigert sich der Überbringer der Waren, dieselben wieder mitzunehmen, so kann der Adressat die gegen seinen Willen, d. h. mittels verbotener Eigenmacht in seine Räume hineingeschaffte Ware nötigenfalls mit Gewalt wieder entfernen[4]. Er kann die Ware vor die Thür setzen und sie ihrem Schicksal überlassen.

Der Grundsatz, dass für den Adressaten keine Abnahmepflicht besteht, wird da durchbrochen, wo die Zurückziehung auf den formellen Rechtsstandpunkt ein Verstoss gegen Treu und Glauben wäre. Die bona fides, die mächtige Herrscherin im Rechtsverkehr, ist es wiederum, welche im Falle der Geschäftsverbindung bei besonderer Gestaltung der Umstände dem Adressaten die Pflicht auferlegt, auch dann, wenn er entschlossen ist, auf die Intentionen des Absenders nicht einzugehen, die Waren abzunehmen, sofern dies Verfahren dem Interesse des Absenders entspricht, d. h. eine Abnahmeverweigerung ihm einen Schaden verursachen würde und der Adressat diesen durch sein Eingreifen hätte verhindern können. So z. B. in folgendem Fall: A sendet dem B regelmässig einige Tage vor Weihnachten unbestellt Spielwaren zu. Bald

---

[3]) Endemann, Handbuch, Bd. II, S. 662.

[4]) BGB. § 859, Abs. 1, Assmann, S. 112.

nach der Ankunft der Waren bei B erscheint regelmässig ein Bevollmächtigter des A, um die Waren im Falle der Nichtannahme zurückzunehmen und am Orte schleunigst weiter zu vertreiben, da nach Weihnachten der Wert der Spielwaren bedeutend herabsinkt. Hier besteht die Verpflichtung zur Abnahme der Waren, da deren Verweigerung infolge der dadurch hervorgerufenen Unmöglichkeit, die Waren noch zu vertreiben, dem Absender grossen Schaden verursachen würde. Voraussetzung für diese Abnahmepflicht ist, dass diese Wahrung des fremden Interesses ohne eigenes Vermögensopfer für den Empfänger möglich ist[5]).

Eine Pflicht, unbestellte Waren abzunehmen, statuiert das Gesetz selbst, wenn der Antrag sich auf die Ausführung von Geschäftsbesorgungen bezieht — unter den oben ausgeführten Voraussetzungen[6]).

Es ist endlich noch zu untersuchen, ob das Gesetz nicht auch in dem Fall dem Adressaten die Abnahmepflicht auferlegt, der uns schon mehrfach in unserer Arbeit als Sonderfall entgegengetreten ist. Wir meinen die Zusendung eines aliud oder eines plus, soweit das Gesetz für diesen Fall der Zusendung unbestellter Ware eine Dispositionsstellungspflicht statuiert hat. Um diese Frage zu entscheiden, müssen wir auf § 379 des HGB. näher eingehen. Derselbe lautet:

> „Ist der Kauf für beide Teile ein Handelsgeschäft, so ist der Käufer, wenn er die ihm von einem anderen Ort übersandte Ware be-

---

[5]) Endemann, Handbuch, Bd. II, S. 451.

[6]) NHG. § 362. — § 7 dieser Arbeit.

anstandet, verpflichtet, für ihre einstweilige Aufbewahrung Sorge zu tragen."

Hiermit ist zunächst ausgesprochen, dass der Käufer die Abnahme der als Objekt der Erfüllung eines abgeschlossenen Kaufs übersandten Ware, auch wenn er sie als mangelhaft erkennt, nicht verweigern darf, sondern die Ware abnehmen und einstweilen aufbewahren muss. Es fragt sich nun darum, ob nicht diese Bestimmung auch Anwendung finden muss für den Fall einer Mehrsendung oder der Sendung einer anderen Sache im Sinne des § 378 des HGB.[7]). Cosack[8]) will dem § 379 dieselbe Auslegung geben, die er im AHG. erfahren hatte, d. h. ihn auf den Fall vertragswidriger Lieferung bestellter Ware beschränken. Eine andere Interpredation vertrüge sich nicht mit dem Wortlaut des Gesetzes, da nur in diesem Fall von einem „Kauf" und einem „Käufer" die Rede sein könne, nicht aber dann, wenn eine andere als die bestellte oder die bestellte Menge von Waren geliefert sei. Ich halte diese Ausführungen Cosacks nicht für richtig. Zunächst muss konstatiert werden, dass der Empfänger einer alia res und eines plus sehr wohl als Käufer bezeichnet werden kann, und dass sehr wohl von einem Kauf gesprochen werden darf. Ist doch eine Bestellung, ein Kaufvertrag voraufgegangen und auf Grund dieses Vertrages die Sendung erfolgt. Im Verhältnis zum Absender ist der Empfänger daher

---

[7]) Es wird in folgendem davon ausgegangen, dass die allgemeinen Voraussetzungen des § 378, wie beiderseitiges Handelsgeschäft, Distanzgeschäft gegeben sind.

[8]) Cosack, Handelsrecht, S. 200, 201.

zweifellos Käufer. Aus dem Gebrauch der Ausdrücke „Kauf“ und „Käufer“ lässt sich daher kein Argument gegen die Anwendbarkeit des § 379 auf unbestellte Ware im Sinne des § 378 des HGB. herleiten. Es treten aber noch 2 Momente hinzu, welche die Ansicht Cosacks nach meinem Dafürhalten als völlig haltlos erscheinen lassen. Einmal die Stellung des § 379 im Gesetz. Demselben gehen die beiden Bestimmungen voraus, welche von der Pflicht zur Dispositionsstellung im Fall vertragswidriger (§ 377) und unbestellter (§ 378) Ware handeln. Es ist daher nicht anzunehmen, dass § 379 nur einen Fall, in dem die „von einem andern Ort übersandte Ware beanstandet wird“ herausgreifen will und gerade denjenigen übergehen will, der im Gesetz ihm unmittelbar (§ 378) vorangeht. Dazu kommt endlich — und das ist das Entscheidende — dass die Cosack'sche Auslegung dem den §§ 377—79 zu Grunde liegenden gesetzgeberischen Gedanken widersprechen würde. §§ 377—79 enthalten Bestimmungen, die im Interesse des Verkäufers gegeben sind. Während das AHG. sich damit begnügte, eine Pflicht zur Dispositionsstellung nur für den Fall vertragswidriger Lieferung zu statuieren, hat das NHG. im Interesse des Verkäufers diese Pflicht auf die genannten Fälle der Sendung unbestellter Waren ausgedehnt. Sollte nun das NHG. für den Fall vertragswidriger Lieferung eine Abnahmepflicht vorschreiben, im Fall der Zusendung unbestellter Ware im Sinne des § 378 auf halbem Wege stehen geblieben sein und zwar eine Dispositionsstellungspflicht eingeführt haben aber keine Abnahmepflicht?

Meiner Ansicht nach ist die Beschränkung, wie Cosack sie wünscht, nicht statthaft, da die hier vertretene Auffassung dem Gedanken des Gesetzes Rechnung trägt und mit dem Wortlaut sehr wohl vereinbar ist[9]). Im übrigen mag noch erwähnt werden, dass jede Härte für den Empfänger dadurch vermieden ist, dass § 378 des NHG. jene wichtige Einschränkung giebt, wonach die Abnahmepflicht cessiert, wenn die Abweichung der gelieferten von der bestellten Sache so evident ist, dass die Genehmigung für ausgeschlossen betrachtet werden musste.

Unrichtig ist es aber, den § 379 (Art. 348 des AHG.) überhaupt bei Zusendung unbestellter Ware in Anwendung bringen zu wollen, wie Endemann und Puchelt[10]) verlangen. Abgesehen von der dadurch entstehenden Unbilligkeit für den Empfänger giebt uns das Gesetz nicht die geringsten Anhaltspunkte für die Analogie. Die Voraussetzung des Gesetzes, Abschluss eines Kaufvertrags, wäre einfach übergangen.

Dass § 362 Abs. 2 (Art. 323 Abs. 2 des AHG.) für die Abnahmepflicht der zur Stellung eines Kaufantrags übersandten Waren sich weder direkt noch analog verwerten lässt, ergiebt sich aus der Ausnahmestellung des Paragraphen im Gesetz, die zu charakterisieren wir bereits Gelegenheit hatten. Die Meinungen über die analoge Anwendung sind indessen geteilt[11]).

---

[9]) Derselben Ansicht Assmann, S. 141, allerdings ohne Begründung.

[10]) Endemann, Handelsr., S. 559. Puchelt, Kommentar, S. 1001, GZ., Bd. XVIII, S. 235. Richtig Hanausek, Haftung, Bd. I, S. 233.

[11]) Anderer Meinung vor allem Gareis, St. z. D., S. 98 und Seuff. A., Bd. XXVI, S. 153. Vergleiche ferner Endemann,

C. Die rechtlichen Beziehungen, die sich ergeben, wenn die Ware in den Bereich des Empfängers gelangt ist und ein Vertrag nicht zu stande kommt.

§ 10.

I. Die Ware ist in den Gewahrsam des Empfängers ohne sein Wissen gelangt, oder der Adressat hat die Ware in Unkenntnis ihrer Eigenart als unbestellter abgenommen.

A. Entstehen Verpflichtungen für den Empfänger?

Hatte der Oblat bei der Ablieferung der Sendung von deren Inhalt keine Kenntnis oder wurde die Ware ohne sein Wissen in seine Wohnung oder in seine Geschäftsräume gebracht, so ist als Leitsatz an die Spitze unserer Erörterungen das Prinzip zu stellen, dass für den Destinatär auch nicht die geringste Verpflichtung entsteht, mögen die Folgen für den Absender sein, welche sie wollen. Es erklärt sich dies wiederum aus dem schon mehrfach hervorgehobenen Grundsatz, dass man einen Dritten durch sein einseitiges Vorgehen nicht zu einer Thätigkeit zwingen, ihm keine Verpflichtungen aufbürden kann. Der Absender, der die dem Destinatär oft sehr unwillkommene Rechtslage geschaffen hat, handelt auf eigene Gefahr. Der Empfänger erlangt die Befugnis festzustellen, was

---

Handelsrecht, S. 427; Puchelt ad Art. 323; GZ., Bd. XVIII. S. 235. Annalen des OAG. Dresden, N. F., Bd. VII, S. 284. Löhr, CO., N. F., Bd. I, S. 430. Hanausek, Haftung, Bd. I, S. 235, Anm. 24.

für eine Bewandtnis es mit der Sendung hat, und zu diesem Zwecke alle diejenigen Massregeln zu treffen, die notwendig sind, um von dem Inhalt der Sendung Kenntnis zu erlangen[1]), so vor allem die Verpackung zu entfernen. Dagegen ist er weder verpflichtet, die Waren zurückzusenden[2]) — nicht einmal dann, wenn die Rücksendungskosten in Gestalt von Briefmarken ihm im voraus vergütet werden — noch sorgsam aufzubewahren, noch in irgend einer Form für ihre Erhaltung Fürsorge zu treffen, etwa durch Übergabe an einen Lagerhalter. Eine Erklärung des Absenders, Empfänger solle die Waren im Falle des Nichtgebrauchs an eine bestimmte Adresse senden, ist natürlich ebenfalls unverbindlich. Die konsequente Durchführung unseres Prinzips führt uns dahin, auch in den folgenden Fällen jede Haftung des Empfängers abzulehnen: A sendet dem B unbestellte Bücher ins Haus am 31. März. B. verlässt am 1. April seine Wohnung, um eine neue zu beziehen. Er ist nicht verpflichtet, die Bücher mitzutransportieren. Für den Schaden, der durch das spätere Abhandenkommen der Bücher entsteht, kann der Absender sich nicht an den Destinatär halten, wenn es auch wahrscheinlich ist, dass die Mitnahme der Bücher dem Absender den Schaden erspart hätte. Zu derselben Entscheidung müssen wir kommen, wenn wir die Bücher mit leicht verderblichen Waren, wie Lebensmitteln, vertauschen, bei denen die Zurücklassung den Eintritt eines Schadens

---

[1]) Assmann, S. 100.

[2]) Endemann, Einführung, Bd. I, S. 852; Endemann, Handbuch, Bd. II, S. 449.

als sicher erwarten lässt. Um endlich noch ein besonders eklatantes Beispiel anzuführen, so braucht der Empfänger eines ihm unbestellt zugesandten Kanarienvogels diesem kein Futter zu geben, selbst dann nicht, wenn er ihn dadurch dem Verhungern preisgiebt. Man könnte geneigt sein, um in diesem Fall dem Empfänger eine Ersatzpflicht aufzuerlegen, falls der Vogel stirbt, den § 826 des BGB. heranzuziehen. Da derselbe uns im Laufe unserer Erörterungen noch mehrfach begegnen wird, so mag er wörtlich angeführt werden:

> „Wer in einer gegen die guten Sitten verstossenden Weise einem anderen vorsätzlich Schaden zufügt, ist dem anderen zum Ersatze des Schadens verpflichtet."

Indessen, wer sich hierauf beruft, um den Adressaten haften zu lassen, lässt ausser Acht, dass der Urheber des Schadens nicht der Empfänger ist, sondern der Absender, der es schuldhafterweise unterlassen hat, dem Tier genügend Futter mit auf den Weg zu geben.

Wir sehen also, dass wir an der Negation jeglicher Verpflichtung für den Empfänger konsequent festhalten müssen. Er kann die Ware einfach ihrem Schicksal überlassen.

B. Welche Mittel hat der Empfänger, sich der Ware wieder zu entledigen?

Die Beantwortung dieser Frage ist für den Empfänger, für den die Zusendung unbestellter Waren nur allzu oft eine grosse Unannehmlichkeit bedeutet, von

grosser Wichtigkeit. Die ihm zu Gebote stehenden Mittel sind, wie wir sehen werden, mannigfacher Art.

1. Durch die Übersendung unbestellter Ware macht sich der Absender eines unberechtigten Eingriffs in die Rechtssphäre des Adressaten schuldig. Als Besitzer der Räumlichkeiten, in die die Waren ohne seinen Willen gelangt sind, hat dieser die Befugnis, auf Grund von § 862 des BGB. die Beseitigung der Störung zu verlangen[3]). Mag die Störung noch so unbedeutend sein (es ist z. B. eine Kiste mit Cigarren zugesandt), oder mag sich der Absender in einem entschuldbaren Irrtum befunden haben, immer macht er sich einer verbotenen Eigenmacht schuldig, gegen welche die Besitzstörungsklage Schutz gewährt.

2. Ist der Adressat zugleich der Eigentümer der Wohnung oder des Geschäftslokals, so steht ihm gegen die Beeinträchtigung neben der Besitz- auch die Eigentumsstörungsklage nach § 1004 des BGB. zu[4]).

3. Da die unter 1. und 2. angeführten Klagen erst nach einer gewissen Zeit die von dem Adressaten gewünschte Wirkung haben, so liegt die Frage nahe, ob die Rechtsordnung nicht dem lebhaften Interesse des Adressaten, die ihm lästig fallenden Waren sofort aus seinem Gewahrsam zu bringen, Genüge leistet. Hier müssen wir mit Assmann[5]) als ein Postulat der aequitas den auch in Entscheidungen[6]) — wenn auch

---

[3]) Assmann, S. 104.

[4]) Assmann a. a. O.

[5]) Assmann, S. 110.

[6]) So in Buschs A., Bd. XXXIX, S. 118, wo die Befugnis zur Rücksendung der unbestellten Ware, worauf wir gleich eingehen werden, anerkannt ist.

ohne nähere Erläuterung — anerkannten Grundsatz aufstellen, dass der Destinatär sich jedes Mittels bedienen darf, um sich der Ware zu entledigen, sofern nur 2 Voraussetzungen innegehalten werden:

a) Die Handlung des Empfängers darf sich nicht nach § 823 des BGB. als eine unerlaubte darstellen (er darf also die Ware nicht verbrennen oder aus dem Fenster werfen).

b) Die Handlung darf nicht gegen die §§ 226 und 826 des BGB. verstossen und damit das diesen Bestimmungen zu Grunde liegende Prinzip von Treu und Glauben verletzen. Nach § 226 ist die Ausübung eines Rechts unzulässig, wenn sie nur den Zweck haben kann, einem andern Schaden zuzufügen, und § 826 lässt denjenigen, der in einer gegen die guten Sitten verstossenden Weise einem Anderen vorsätzlich Schaden zufügt, haften. Damit wird vor allen Dingen regelmässig[7]) die Befugnis ausgeschlossen, sich der Waren dadurch zu entledigen, dass man sie unbekümmert um ihr Schicksal vor die Thür setzt — besonders, wenn man in Erwägung zieht, dass den Gegenstand unbestellter Zusendungen gewöhnlich Sachen von geringem Umfang bilden, für welche sich leicht ein Plätzchen zur Aufbewahrung finden lässt.

Wir kommen also zu dem Resultat, dass der Empfänger regelmässig gehalten ist, die Ware in seinen Räumen liegen zu lassen, sofern er sich nicht zwecks

---

[7]) Ausnahme z. B., wenn Fische zugeschickt werden, die einen üblen Geruch zu verbreiten beginnen.

Befreiung von denselben eines Mittels bedient, dessen Benutzung nicht gegen die §§ 823, 226, 826 verstösst.

Als solche Mittel möchte ich vor allem 2 bezeichnen:

a) Die Befugnis, die Ware in einem öffentlichen Lagerhaus oder bei einem Lagerhalter oder an einer Hinterlegungsstelle zu deponieren[8]).

b) Die Befugnis, die Ware zurückzusenden oder durch einen Boten wieder in den Besitz des ersten Absenders gelangen zu lassen[9]). (Dieses Mittels wird er sich als des zweckmässigsten in den meisten Fällen bedienen und zwar in der Weise, dass er die Portokosten durch die Post im Wege der Nachnahme erheben lässt.) Es fragt sich aber, ob ihm diese Befugnis unter allen Umständen zuzusprechen ist, oder ob sie nicht vielmehr ausgeschlossen werden muss, wenn der Empfänger durch die Rücksendung bewusst dem Interesse des Offerenten entgegenhandelt. Wir denken dabei an folgende Fälle: A sendet dem B leicht verderbliche Ware wie Fische, die im Falle der Rücksendung im gebrauchsunfähigen Zustande bei A ankommen würden; oder: A sendet dem B Waren und legt der Sendung ein Schreiben bei des Inhalts, dass nach 1 oder 2 Tagen ein Bevollmächtigter des A die Ware im Falle des Nichtgebrauchs abholen würde. Eine Haftung des Adressaten könnte nur aus den §§ 226 und 826 hergeleitet werden. Indessen meinen wir, dass die Ausübung des Rücksendungs-

---

8) Über den Kostenersatzanspruch später.

9) Buschs A., Bd. XXXIX, S. 118; Assmann, S. 102.

rechts einerseits sehr wohl einen anderen Zweck als den der Schadenszufügung haben kann und in der That hat; der Empfänger will ihm nicht gehörende Waren nicht in seinem Hause haben und sich ihrer durch die Rücksendung — als das bequemste Mittel — entledigen. Dass in dieser Handlungsweise andererseits ein Verstoss contra bonos mores nicht erblickt werden kann, liegt wohl auf der Hand.

Ich will nicht unterlassen, darauf aufmerksam zu machen, dass ein derartiges Vorgehen in dem erwähnten Fall, wo ein Bevollmächtigter des Absenders die Waren nach kurzer Zeit wiederabholen wird, in kaufmännischen Kreisen gemissbilligt und, um mich der kaufmännischen Terminologie zu bedienen, als uncoulant bezeichnet wird. Nachteile können aber dem Adressaten daraus nicht erwachsen[10]).

4. War für die Anwendung der unter 3. angeführten Mittel das einseitige Interesse des Empfängers massgebend, so kann das Vorgehen des letzteren auch durch das Bestreben, die Interessen des Absenders wahrzunehmen, bestimmt sein. Er deponiert die Ware oder sendet sie zurück, weil er annimmt und annehmen durfte, dass dies Verfahren dem Willen des Absenders entspricht. Massgebend wird für ihn in dieser Hinsicht oft die Erwägung sein, dass der Offerent durch die Rücksendung nicht nur schnell über das Schicksal der Ware informiert wird, sondern auch in den Stand gesetzt wird, über die Ware wieder zu disponieren. Der Adressat handelt dann als Geschäftsführer ohne

---

[10]) Über den Kostenersatzanspruch später.

Auftrag[11][12]). Der Umstand, dass die Vornahme des Geschäfts zugleich den Interessen des Geschäftsführers (Adressaten) dient, schliesst das Vorliegen eines negotiorum gestio nicht aus[13]). Der negotiorum gestor haftet für omnis culpa und ist berechtigt, für Aufwendungen, die er für erforderlich halten durfte (also insbesondere Portokosten und Lagerungskosten) Ersatz zu verlangen[14]). Im übrigen können wir auf die Bestimmungen des BGB. verweisen.

Als negotiorum gestio ist auch der Fall zu behandeln, dass der Empfänger unbestellte Ware, die leicht verderblich ist, versteigern lässt. Die Versteigerungskosten kann er von dem an den Absender herauszugebenden Erlös abziehen.

Wir haben oben ausgeführt, dass der Empfänger unter allen Umständen das Recht hat, die unbestellte Ware zurückzusenden oder einem Dritten zur Aufbewahrung zu überlassen. Es bleibt übrig, an dieser Stelle die Frage zu erörtern, ob für die hierdurch entstehenden Kosten eine Ersatzpflicht des Absenders statuiert werden muss. Dass diese für den Fall der negotiorum gestio besteht, haben wir bereits ausgeführt. Wurde aber durch die Rücksendung oder Lagerung

---

[11]) BGB. §§ 677—87.

[12]) Endemann, Handbuch, Bd. II, S. 681. Hanausek, Haftung, Bd. I, S. 222. ROHG. Bd. VII, S. 385.

[13]) Cosack, Lehrbuch, Bd. I, S. 558.

[14]) Geschah die Deponierung oder Rücksendung gegen das Interesse des Absenders, so kann der Empfänger für die verausgabten Kosten als negotiorum gestor keinen Ersatz verlangen. Über die Ersatzpflicht in diesem Fall ist gleich zu sprechen.

bei einem Dritten gegen das Interesse des Absenders verstossen, wie steht es dann mit der Ersatzpflicht? Mangels einer gesetzlichen Bestimmung[15] müssen wir zu einer Analogie unsere Zuflucht nehmen. Unter Heranziehung[16] von § 373 des NHG. können wir sagen, dass wir den hinterlegungsberechtigten Empfänger unbestellter Waren nicht schlechter stellen wie einen Verkäufer, dem gegenüber der Käufer sich im Annahmevorzug befindet, und der daher nach § 373 des NHG. ebenfalls die Befugnis hat, die gekauften Waren zu hinterlegen. Trägt hier die Kosten der Käufer, dem die Waren geliefert werden müssen, so müssen wir sie dort dem Absender auferlegen und zwar um so mehr, als jener (der Käufer) nur verpflichtet ist, die Ware abzunehmen[17], dieser auch dazu, sie vom Empfänger abzuholen[18][19]. Hinzu kommt endlich die Erwägung, dass, wenn der Empfänger ein Kaufmann ist, er für die Aufbewahrung Lagergeld beanspruchen kann[20]. Das Recht zum Ersatz der Rücksendungskosten wird man ihm billigerweise um so mehr zuerkennen, als dieses Verfahren für den Absender weniger

---

[15]) Die einzige, an die man denken könnte, wäre § 823 des BGB. Dieselbe lässt sich natürlich nicht anwenden.

[16]) Ebenso Assmann, S. 110, allerdings ohne Begründung.

[17]) BGB. § 433, Abs. 2.

[18]) Über die Abholungspflicht siehe unten.

[19]) Vgl. auch BGB. § 296, der — ausnahmsweise —, um den Gläubiger in Annahmevorzug zu setzen, ein Angebot überflüssig macht.

[20]) Das Nähere darüber später.

kostspielig ist, seinen Interessen daher mehr entgegenkommt[21]).

Wir sehen also, dass der Empfänger unbestellter Waren einen ausreichenden Schutz geniesst, dass er auf schnellem Wege ohne grosse Mühe und ohne Kosten sich der Ware wieder entledigen kann.

C. Verpflichtungen des Absenders.

Durch die Zusendung unbestellter Waren werden weitere Verpflichtungen des Absenders begründet.

1. Da die Zusendung sich als eine vorsätzliche oder fahrlässige (in den Fällen irrtümlicher Zusendung), ohne Berechtigung d. h. widerrechtlich ausgeführte Störung des Besitzes darstellt, der Besitz aber als ein in doppelter[22]) Richtung von der Rechtsordnung geschätzes Gut unter die „sonstigen Rechte" des § 823 des BGB. fällt[23]), so ist der Absender zum Schadensersatz aus unerlaubter Handlung verpflichtet. Der Ersatz wird nach dem in § 249 aufgestellten Prinzip geleistet durch Wiederherstellung des früheren Zustandes. Der Absender ist daher obligatorisch verpflichtet, die Ware wieder abzuholen.

Für jeden weiteren, durch die Sache selbst angerichteten Schaden ist der Absender ebenfalls ver-

---

[21]) Die Ersatzpflicht für die Rücksendungskosten wird anerkannt in Buschs A., Bd. XXXIX, S. 118, ebenso bei Assmann, S. 102. Doch fehlt hier wie dort die Begründung.

[22]) Einmal durch das Selbsthilferecht (BGB. § 859), dann durch gerichtlichen Schutz (BGB. §§ 861, 862).

[23]) Matthiass, Lehrbuch, Bd. 1, S. 632; Fischer-Henle, Kommentar zum BGB. ad § 823, Anm. 8; Assmann, S. 112.

antwortlich zu machen. Es werden z. B. Sachen geschickt, welche sich in der Wohnung des Adressaten entzünden, oder: A sendet dem B ein Gefäss mit Honig. Das Gefäss hat auf dem Transport gelitten. Dem B konnte das nicht auffallen, der Inhalt ergiesst sich auf Gegenstände, die diese Einwirkung nicht vertragen können. Derartige Fälle werden natürlich sehr selten vorkommen.

2. Der Absender ist ferner verpflichtet, für gewisse Aufwendungen und Dienste des Empfängers Ersatz zu leisten und zwar:

a) für die Rücksendungs- und Hinterlegungskosten [24]),

b) für die infolge einer negotiorum gestio gemachten Aufwendungen [25]),

c) für Verwendungen, deren Ersatz der Besitzer vom Eigentümer verlangen kann. Wir können hier auf die Bestimmungen des BGB. verweisen [26]).

d) Der Empfänger unbestellter Waren kann, sofern er ein Kaufmann ist, nach § 354 des NHG., wenn er in Ausübung seines Handelsgewerbes die Waren aufbewahrt, Lagergeld nach den am Orte üblichen Sätzen fordern [27]). Dass derjenige, für welchen diese Dienstleistung geschieht, Kaufmann sei, ist nicht erforderlich [28]). Natürlich müssen diese Dienste, d. h.

---

[24]) Siehe oben S. 72 u. 73.

[25]) Siehe oben S. 71.

[26]) BGB. §§ 994 fg.

[27]) Assmann, S. 115.

[28]) Cosack, Handelsrecht, S. 139.

die Aufbewahrung, mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns geleistet werden. Der Empfänger muss den Waren einen Platz einräumen, wo sie gesichert aufbewahrt sind. Der Anspruch auf Lagergeld ist nicht schon dann gegeben, wenn der Destinatär die Ware nur in seinen Räumen verbleiben lässt, ohne sich um sie zu kümmern.

e) Ist der Adressat Nichtkaufmann, so kann auch ihm, worauf Assmann mit Recht hinweist[29]), unter Umständen ein Vergütungsanspruch wegen Aufbewahrung erwachsen, und zwar nach BGB. § 689[30]), wenn der Adressat sich der Aufbewahrung mit Rücksicht auf ein dahin gestelltes Ersuchen des Absenders unterzieht. Hier ergiebt sich der Anspruch aus einem besonderen Verwahrungsvertrage.

Für alle diese Forderungen hat der Empfänger gegenüber dem Herausgabeanspruch des Absenders eine Deckung in dem bürgerlichen Retentionsrecht[31]). Ob ihm daneben das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht[32]) an der unbestellten Ware zusteht, ist bestritten. Unrichtig ist es jedenfalls, das kaufmännische Retentionsrecht aus dem Grunde leugnen zu wollen, weil die Waren „wider Willen“ des Absenders in den Be-

---

[29]) Assmann, S. 116.

[30]) Derselbe besagt, dass eine Vergütung für die Aufbewahrung als stillschweigend vereinbart gilt, wenn die Aufbewahrung den Umständen nach nur gegen eine Vergütung zu erwarten ist.

[31]) BGB. § 273 Abs. 2, §§ 1000 fg.

[32]) NHG. § 369; AHG. Art. 313.

sitz des Empfängers gekommen seien[33]). Entspricht es doch gerade dem Willen des Absenders, dass die Ware in den Besitz, womöglich in den dauernden des Empfängers käme. Ohne diesen Willen wäre ja die Zusendung zwecklos. Ob aber der Titel, auf Grund dessen der Empfänger den Besitz erlangt hat, ausreicht, um das kaufmännische Retentionsrecht zu rechtfertigen, ist eine andere Frage — vorausgesetzt natürlich, dass alle übrigen Erfordernisse vorhanden sind. Das Gesetz verlangt, dass die Ware auf Grund von Handelsgeschäften in den Besitz des Retinierenden geraten ist. Es ist nicht zu bezweifeln, dass dem Fall der Zusendung unbestellter Ware ein Handelsgeschäft zu Grunde liegt, der darin besteht, dass unbestellte Ware statt einer bestellten geschickt ist[34]). Unterstellen wir aber den regelmässigen Fall, dass Waren, ohne dass eine Bestellung vorangegangen, zwecks Stellung einer Kaufofferte jemandem zugesandt sind, so ist ein kaufmännisches Retentionsrecht dem Empfänger nicht zuzusprechen[35]). Diese Zusendung ist kein Handelsgeschäft, sie leitet ein solches ein, bereitet es vor. Wenn man die Absicht, ein Handelsgeschäft abzuschliessen, die Vorbereitung eines solchen, genügen lassen wollte[36]), so hiesse das, sich über den Wortlaut des Gesetzes hinwegsetzen.

---

[33]) GZ., Bd. XVIII, S. 200 fg.

[34]) Hanausek, Haftung, Bd. I, S. 236.

[35]) Hanausek a. a. O.; Seuff. A., Bd. XXIX, Nr. 259. Anderer Meinung Assmann, S. 117.

[36]) Gareis, St. z. D., S. 144.

D. Ansprüche des Absenders.

Da der Absender bis zur Annahme des Kaufvertrags Eigentümer der übersandten Ware bleibt[37]), so kann er nach BGB. § 985 deren Herausgabe verlangen[38]). Dieses Recht steht ihm aber erst zu, wenn die Antragsgebundenheit aufgehört hat. Der Geltendmachung des Herausgabeanspruchs vor Erlöschen des Antrags — der Absender hat sich vielleicht auf längere Zeit gebunden — würde § 986 Abs. 1 des BGB. entgegenstehen. Der Empfänger wird, wie wir oben[39]) ausgeführt haben, unmittelbarer Besitzer, der nach dem eigenen Willen des Absenders und Eigentümers „auf Zeit"[40]), d. h. während der Dauer der Antragsgebundenheit ihm gegenüber „zum Besitz berechtigt ist"[41]).

Verweigert der Adressat die Herausgabe, so gerät er nach BGB. § 990 Abs. 2 in Verzug. Doch genügt nicht etwa die einfache Aufforderung des Adressaten, die Waren zurückzusenden oder an einen Dritten zu bringen; der Absender muss vielmehr zum Adressaten gehen oder einen Bevollmächtigten hinsenden, um die Ware entgegenzunehmen. Ist er doch verpflichtet, dieselbe abzuholen. Thut er das nicht, so treten die Verzugsfolgen nicht ein, da die Leistung infolge eines Umstandes unterbleibt, den der Schuldner (hier: Empfänger) nicht zu vertreten hat[42]). Ist der Absender

---

37) Vgl. § 5 dieser Arbeit.

38) Buschs A., Bd. V, S. 270. Assmann, S. 122.

39) Vgl. § 5 dieser Arbeit.

40) BGB. § 868.

41) BGB. § 986, Abs. 1, Satz 1.

42) BGB. § 285. Assmann, S. 121.

aber zur Entgegennahme bereit und verweigert der Destinatär dennoch die Herausgabe, so treffen ihn die Folgen des Leistungsverzugs[43]. Von diesem Moment an haftet er — während vorher jede Haftung ausgeschlossen war — für jede Fahrlässigkeit und den Schaden, der dem Gläubiger durch den Verzug entsteht.

Für Beschädigung und Verlust der Waren wird der Empfänger Ersatz leisten müssen nach den Regeln über unerlaubte Handlungen. So z. B., wenn der Adressat die Ware aus Empörung über die Zudringlichkeit in den Ofen oder aus dem Fenster wirft oder eine Sache, deren Feuergefährlichkeit er erkennen konnte, neben einen Ofen stellt[44].

Schliesslich kann dem Absender oftmals ein Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung gegeben sein[45]. Wenn z. B. der Empfänger die Ware in Unkenntnis ihres Charakters als unbestellter verkauft, so ist er zur Herausgabe der durch den Verkauf erlangten Geldsumme verpflichtet. Hat der Adressat die unbestellte Ware (Lebensmittel), ohne diese als solche erkannt zu haben, verzehrt[46], so bildet den Gegenstand seiner Leistung die dadurch gemachte Ersparnis[47]. Von einer solchen kann aber nur dann die Rede sein, wenn nach Lage der Dinge mit Sicherheit

---

[43]) BGB. § 284 fg.

[44]) Assmann, S. 119.

[45]) Assmann, S. 120.

[46]) Hat er sie wissend, dass sie unbestellt ist, verzehrt, so wird, wie wir oben (§ 6 dieser Arbeit) sahen, der Kaufvertrag perfekt.

[47]) Assmann, S. 120.

zu erwarten ist, dass eine Aufwendung gemacht worden wäre, falls die Zusendung der unbestellten Ware unterblieben wäre.

§ 11.

II. Der Empfänger hat die Ware trotz Erkenntnis ihres Charakters als unbestellter abgenommen.

Wesentlich anders als wie in dem eben dargestellten Fall gestaltet sich das Rechtsverhältnis zwischen Absender und Adressat, wenn letzterer die Ware dem Überbringer abnimmt, obwohl er bei der Abnahme die Natur der Ware als unbestellte erkannt hat.

Hier sind wiederum 2 Fälle zu unterscheiden:

1. Der Oblat nimmt die Waren ab trotz seines Entschlusses, in den Kaufvertrag nicht einzuwilligen.

2. Der Oblat nimmt die Ware ab in der Absicht, sie einer Prüfung zu unterwerfen, um von dem Resultat dieser Prüfung seine Entscheidung abhängig zu machen.

ad 1. Nimmt der Adressat die Ware ab in dem festen Vorsatz, sie nicht zu behalten, so ist es klar, dass er eine Thätigkeit ausübt, die den Zweck hat, die Interessen des Absenders zu wahren. Der Empfänger tritt hier als negotiorum gestor auf[1]). Nach den Regeln der auftraglosen Geschäftsführung sind daher Rechte und Verbindlichkeiten der Parteien zu beurteilen. Der Empfänger haftet dem Absender für

[1]) Regelsberger, Civ. Erört. I, S. 61; Thöl, Handelsrecht, S. 135; Klemm, S. 12 fg.; Hanausek, Haftung, Bd. 1, S. 235 fg.; Assmann, S. 138.



omnis culpa[2]). Er hat das Geschäft so zu führen, „wie das Interesse des Geschäftsherrn mit Rücksicht auf dessen wirklichen oder vermeintlichen Willen es erfordert."

Ist der Adressat durch die Abnahme der Ware für den Absender thätig geworden, so ergiebt sich die Aufbewahrungspflicht als notwendige Folge aus der negotiorum gestio. Der Inhalt dieser Aufbewahrungspflicht ist die Erhaltung der Integrität der Ware, die in demselben Zustande, wie sie angekommen ist, dem Absender zurückzuerstatten ist. Für Zufall braucht er natürlich nicht zu haften. Es fragt sich aber weiter, ob der negotiorum gestor nicht verpflichtet ist, die aufgenommenen Waren, wenn sie offenbar dem Verderben ausgesetzt sind, zu verkaufen. Dass er ein Recht zum Verkauf der Waren in diesem Fall hat, bedarf kaum der Erwähnung, da es sich um eine Massregel handelt, die die weiteste Wahrung der Interessen des Geschäftsherrn bedeutet. Wir gehen aber weiter und behaupten, dass ihm unter Umständen sehr wohl eine Pflicht zum Verkauf obliegt (nicht ganz allgemein, wie Hanausek[3]) es wünscht), und

---

[2]) Regelsberger (a. a. O.) meint, dass im gemeinen Recht die Haftung nicht über culpa lata hinausgehet (l. 3 § 9 D. de neg. gest. 3, 5), da die Geschäftsführung nur zur Schadensabwendung erfolgt. Ebenso pr. Lr. I, 13, § 257. Anders die neuere Litteratur des gemeinen Rechts. Vgl. Dernburg, Pandekten, Bd. II, S. 329. Richtig auch Klemm, S. 13, Hanausek, S. 235, der vom Empfänger jenen Grad der Sorgfalt bezüglich der Aufbewahrung verlangt, zu dessen Beobachtung er sich durch den Beginn der Geschäftsführung für den Absender verpflichtet hat.

[3]) Hanausek a. a. O.

zwar dann, wenn der Empfänger bei der Abnahme der Ware sich sagen musste, dass dieselbe eher verderben würde, als der Absender in die Lage käme, wieder darüber zu verfügen. War dies bei der Abnahme nicht ersichtlich, so genügt er seiner Pflicht, wenn er die Ware vorsichtig aufbewahrt. Ein Verderb der Ware oder ein Wertverlust berührt den Empfänger nicht, ja er braucht den Absender nicht einmal auf einen drohenden Schaden aufmerksam zu machen, da der Absender die Natur und Beschaffenheit der abgesandten Ware kennt[4]).

Die Art der Aufbewahrung richtet sich nach der Beschaffenheit der Sache. Auch der Ort muss entsprechend gewählt sein; er muss zur Erhaltung der Ware einerseits geeignet, andererseits die Gewähr genügender Sicherheit bieten. Der Empfänger ist nicht gehalten, die Waren in seinen Wohn- oder Geschäftsräumen zu placieren, er kann sie einem Lagerhalter zur Aufbewahrung überlassen.

Was die Dauer der Aufbewahrungspflicht anbetrifft, so ist im allgemeinen zu sagen, dass dieselbe nicht unbegrenzt ist, da dem Empfänger nicht zugemutet werden kann, sich der Waren solange anzunehmen, bis deren Rücknahme dem Absender gefällt. Eine Begrenzung dürfen wir wohl darin erblicken, dass wir den Empfänger unbestellter Waren nicht schlechter stellen als den einer beanstandeten Sendung. Das Gesetz[5]) schreibt hier einstweilige Aufbewahrung

---

[4]) Klemm, S. 14.

[5]) HGB. § 379.

vor. Darunter ist ein Zeitraum zu verstehen, binnen welchem der Absender nicht im stande ist, für die Waren zu sorgen. Die Dauer richtet sich nach der Art der Ware, der Entfernung der beiden Beteiligten und ist in jedem Fall einzeln zu bestimmen.

Der Absender kann jederzeit die Herausgabe der Ware verlangen.

Die nach Ablauf der Aufbewahrungsfrist an den Absender erfolgte Aufforderung des Empfängers, die Waren zurückzunehmen, hat, wenn sie nicht berücksichtigt wird, den Verzug des Absenders zur Folge und verbessert einerseits die Haftungsverhältnisse des Empfängers, andererseits giebt sie ihm die Befugnis, die Waren versteigern zu lassen und den Erlös zu hinterlegen [6]).

Für die durch die Aufbewahrung entstandenen Kosten kann der Adressat Ersatz verlangen. Dazu gehören vor allem die Lagerspesen, die durch die Aufbewahrung bei einem Dritten entstanden sind.

Ist der Empfänger Kaufmann, so kann er nach HG. § 354 Lagergeld für die Aufbewahrung beanspruchen. Gedeckt ist er für seine Forderungen durch das Retentionsrecht (vgl. die obigen Ausführungen).

ad 2. Wie gestaltet sich das Rechtsverhältnis, wenn der Adressat die Ware vorläufig bei sich einstellt, um seinen Entschluss, ob er den Kaufantrag annehmen solle, nach einer genauen Prüfung und Untersuchung zu fassen?

---

[6]) BGB. §§ 300, 383.

So viel scheint mir sicher zu sein, dass hier ein einfacher Verwahrungsvertrag nicht abgeschlossen wird[7]. Denn der Abschluss dieses Vertrags erfolgt, besonders wenn die Aufbewahrung, wie hier, unentgeltlich ist, im Interesse des Deponenten, während in unserem Fall die Verwahrung der Sache in gleicher Weise den Interessen des andern Teils entspricht, der die Ware abgenommen hat, um sie zu besichtigen und sich schlüssig zu machen, ob er auf das Angebot eingehen soll oder nicht.

Auch von einer negotiorum gestio kann nicht die Rede sein, da der Empfänger die Interessen des Absenders überhaupt nicht im Auge hat, sondern die Thätigkeit vornimmt, um aus derselben selbst Nutzen zu ziehen, mithin kein alienum, sondern ein proprium negotium ausführt.

Wie erklärt sich denn die Aufbewahrungspflicht des Adressaten, oder liegt etwa keine vor? Vielleicht kann man sie auf ein Vertragsverhältnis zwischen den Parteien zurückführen.

Um dies festzustellen, müssen wir vorweg bemerken, dass wir nicht auf die Verträge angewiesen sind, welche das BGB. aufweist. Das BGB. hat die im Verkehr gangbarsten Arten von Verträgen geregelt, ohne erschöpfend sein zu wollen. Bei der im BGB. normierten Vertragsfreiheit steht nichts im Wege „Vertragssingularitäten oder neue Arten von Schuldverhältnissen“[8]) zu schaffen.

---

[7]) Ebenso Assmann, S. 126.

[8]) Endemann, Einführung, Bd. I, S. 693.

Dies vorausgeschickt, meinen wir allerdings, dass in dem zu besprechenden Fall ein Vertrag mit besonderem Inhalt gegeben ist[9]. Die beiderseitigen Verpflichtungen sind folgende: Der Absender verpflichtet sich, die Waren der Besichtigung und Prüfung des Adressaten zu überlassen und, falls das Resultat der Prüfung negativ ausfallen sollte, die Ware zurückzunehmen. Der Destinatär hingegen übernimmt die Verpflichtung, die Ware aufzubewahren, auch dann, wenn er dem Kaufangebot seine Zustimmung nicht geben sollte, ja, wenn die Umstände es ergeben, die Verpflichtung, die Waren zurückzusenden. Der Antrag des Absenders ist gewissermassen ein alternativer: Entweder du kaufst die Ware, oder du bewahrst sie auf, bis ich in die Lage komme, darüber zu verfügen, resp. sendest sie mir zurück[10].

Die Annahme dieses Antrags liegt in der Abnahme der Waren. Dieser Akt, der, wie wir gesehen haben, als solcher nie die Wirkung hat, den Kaufvertrag zur Perfektion zu bringen, hat hier die Bedeutung, dass ein anderer — unbenannter, wenn ich diesen Ausdruck noch heute gebrauchen darf — Vertrag entsteht mit genau abgegrenzten Verpflichtungen auf beiden Seiten[11].

---

[9]) Ebenso Assmann, S. 125, der diesen Vertrag Besichtigungsvertrag nennt.

[10]) Ebenso Assmann, S. 126.

[11]) Im gemeinen Recht ist für diesen Fall ein Innominatkontrakt anerkannt l. 17, § 52 D. de pr. verb. 19, 5, l. 1, § 2 eodem. Vgl. Regelsberger a. a. O. Er will die Haftung des Empfängers auf

Im einzelnen ist noch zu bemerken:

Der Absender verpflichtet sich, wie gesagt, die Ware der Prüfung des Adressaten zu überlassen, ferner, die Vornahme aller Handlungen zu erlauben, die notwendig sind, um eine Prüfung zu ermöglichen. Die Grenze, bis zu welcher er bei diesem Prüfungsverfahren gehen darf, wird uns im Einzelfall das die Verträge beherrschende Prinzip von Treu und Glauben und die Rücksicht auf die Verkehrssitte finden lassen. Bei Überschreitung dieser Grenzen macht der Empfänger sich schadensersatzpflichtig[12]), sofern darin nicht schon der Wille, in den Kaufvertrag einzugehen, erblickt werden muss. Die Länge der Prüfungsfrist wird mit der Dauer der Antragsgebundenheit zusammenfallen[13]).

Der Absender ist ferner verpflichtet — sofern sich nicht etwa aus den Umständen eine Rücksendungspflicht des Empfängers ergiebt — die Ware wieder abzuholen. Kommt er einer dahin gerichteten Aufforderung des Adressaten nicht nach, so gerät er in Verzug.

Was die Stellung des Empfängers anbetrifft, so können wir uns hinsichtlich seiner Aufbewahrungspflicht und des Grades der von ihm zu prästierenden Sorgfalt auf das ad 1. Gesagte berufen. Nur kann der Empfänger natürlich nicht die Waren einem an-

---

dolus und culpa lata beschränken, weil nach seiner Meinung die Zusendung im einseitigen Interesse des Absenders geschähe. Assmann, S. 131.

[12]) Assmann, S. 130.

[13]) Assmann, a. a. O.

deren zur entgeltlichen Aufbewahrung übergeben und vom Absender Ersatz verlangen.

Zu der Aufbewahrungspflicht tritt die aus dem Vertrag sich ergebende Verpflichtung zur Rückgabe der unbestellten Ware.

Kann der Adressat die Ware infolge eigenen Verschuldens überhaupt nicht, oder nur in beschädigtem Zustande zurückgeben, so haftet er für den Schaden wegen Verletzung der vertragsmässig übernommenen Verpflichtungen.

§ 12.

III. Der Empfänger hat die Ware abgenommen, weil eine Pflicht zur Abnahme besteht.

Eine Pflicht, die unbestellt zugesandten Waren aufzubewahren, besteht endlich überall da, wo, wie wir gesehen haben[1]), der Adressat gehalten ist, die Ware abzunehmen. Dazu gehören folgende Fälle:

1. Es handelt sich um die Zusendung einer alia res oder um eine Mehrsendung (unter den oben besprochenen Voraussetzungen)[2]). Die Aufbewahrungspflicht dauert so lange, bis der Absender in die Lage kommt, für die Ware zu sorgen. Ist die Ware dem Verderb ausgesetzt, oder ist Gefahr in Verzug, so kann der Empfänger die Ware verkaufen nach den Regeln des Selbsthilfeverkaufs[3]).

---

[1]) S. § 9 dieser Arbeit.

[2]) HGB. § 379 mit § 378. Ebenso Assmann, S. 141.

[3]) HGB. § 379 mit § 373.

2. Die Übersendung unbestellter Waren geschieht zwecks Ausführung einer Geschäftsbesorgung, sofern eine Geschäftsverbindung vorliegt, oder der Adressat sich zur Ausführung solcher Geschäfte erboten hat[4]). Im Gegensatz zu dem unter 1. genannten Fall ist hier die Aufbewahrungspflicht davon abhängig gemacht, dass der Empfänger für die Kosten gedeckt ist und die Aufbewahrung ohne Nachteil für ihn geschehen kann.

3. Endlich besteht eine Aufbewahrungspflicht überall da, wo die bona fides (wie im Fall der Geschäftsverbindung) dieselbe dem Adressaten auferlegt[5]). Was den Umfang der Aufbewahrungspflicht für diesen Fall anbetrifft, so möchte ich die im HGB. § 362 gegebene Begrenzung auch hier angewendet wissen, da es gegen die aequitas verstossen würde, dem Empfänger einer Warensendung, welche er nicht veranlasst hat, deren Aufbewahrung ihm besondere Verhältnisse zur Pflicht machen, Vermögensopfer aufzuerlegen, deren Ersatz ihm nicht durch den Wert der Waren garantiert ist.

Die Verletzung der Aufbewahrungspflicht macht den Adressaten schadensersatzpflichtig.

Nach Ablauf der Frist ist der Absender verpflichtet, die Waren wiederabzuholen.

---

[4]) HGB. § 362.

[5]) Ebenso Assmann, S. 148, 149.

C. Schluss.

Wenn wir auf die obigen Untersuchungen einen Rückblick werfen, so sehen wir, dass dieselben zu folgenden Resultaten geführt haben.

Es handelt sich vor allem um zwei Fragen:

1. Wann ist ein Kaufvertrag zu Stande gekommen?

2. Welche Verpflichtungen entstehen für den Adressaten und den Absender der unbestellten Ware, wenn ersterer auf den Kaufvertrag nicht eingeht?

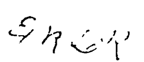
Wir haben gesehen, dass der Kaufvertrag überall da perfekt wird, wo eine ausdrückliche oder stillschweigende Annahmeerklärung erfolgt war. Sehr wichtig war in dieser Hinsicht die Deutung des Schweigens. Wir fanden, dass eine Pflicht zur Erklärung für den Empfänger — ausser in den gesetzlichen Fällen — überall da besteht, wo er die Deutung des Schweigens als Genehmigung, zu der uns die bona fides besonders im kaufmännischen Verkehr unter Umständen zwingt, verhindern will.

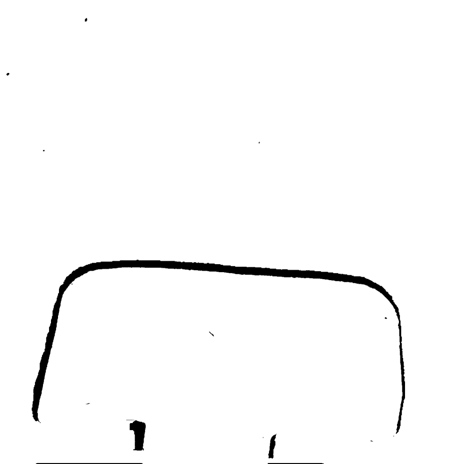
Verpflichtungen des Empfängers werden, wie wir gesehen haben, durch die Zusendung unbestellter Waren grundsätzlich nicht begründet, insbesondere keine Ab-

nahme- und keine Aufbewahrungspflicht. Diese Regel wird indessen abgesehen von den gesetzlichen Fällen überall da durchbrochen, wo die Zurückziehung auf den formalen Rechtsstandpunkt gegen Treu und Glauben verstossen würde. Das Moment der Geschäftsverbindung zwischen den Beteiligten spielte hierbei eine wesentliche Rolle.

War die Ware ohne den Willen des Empfängers in dessen Gewahrsam gelangt, so gewährt die Rechtsordnung demselben die verschiedenartigsten Mittel, sich derselben wieder zu entledigen, ohne dass ihm ein Schaden daraus erwächst.

Eine Aufbewahrungspflicht des Empfängers musste endlich da angenommen werden, wo die Ware trotz Erkenntnis ihrer Natur als unbestellter vom Adressaten abgenommen war.






Digitized by Google